دولة الإمارات العربية المتحدة
حكومة دبي
دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث
دبي

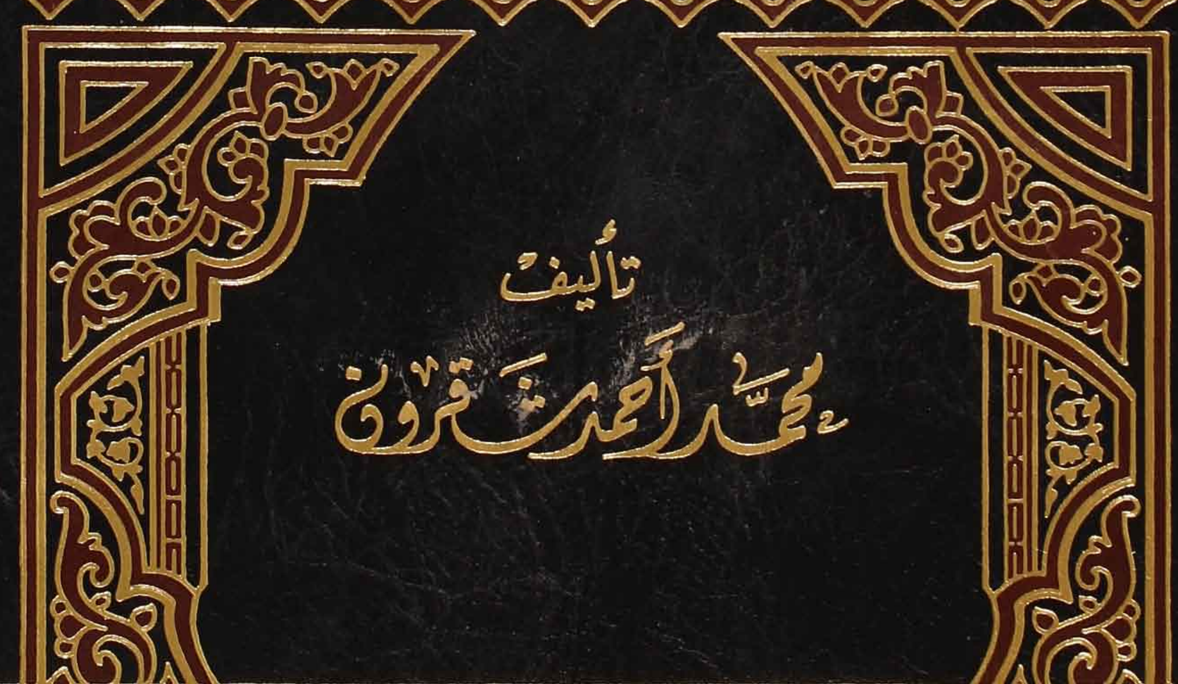


سلسلة
الدراسات الأصولية
(٩)






مراعاة الخلاف عند المالكية
وأثره في الفروع الفقهية



تأليف
محمد أحمد شقرون




مراعاة الخلاف عند المالكية
وأثره في الفروع الفقهية

الطبعة الأولى

١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م

دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث

الإمارات العربية المتحدة - دبي - هاتف: ٣٤٥٦٨٠٨ ، فاكس: ٣٤٥٣٢٩٩ ، ص.ب: ٢٥١٧١

الموقع www.bhothdxb.org.ae البريد الإلكتروني irhdubai@bhothdxb.org.ae

دولة الإمارات العربية المتحدة
حكومة دبي



سلسلة
الدراسات الأصولية
(٩)

مراعاة الخلاف عند المالكية

وأثره في الفروع الفقهية

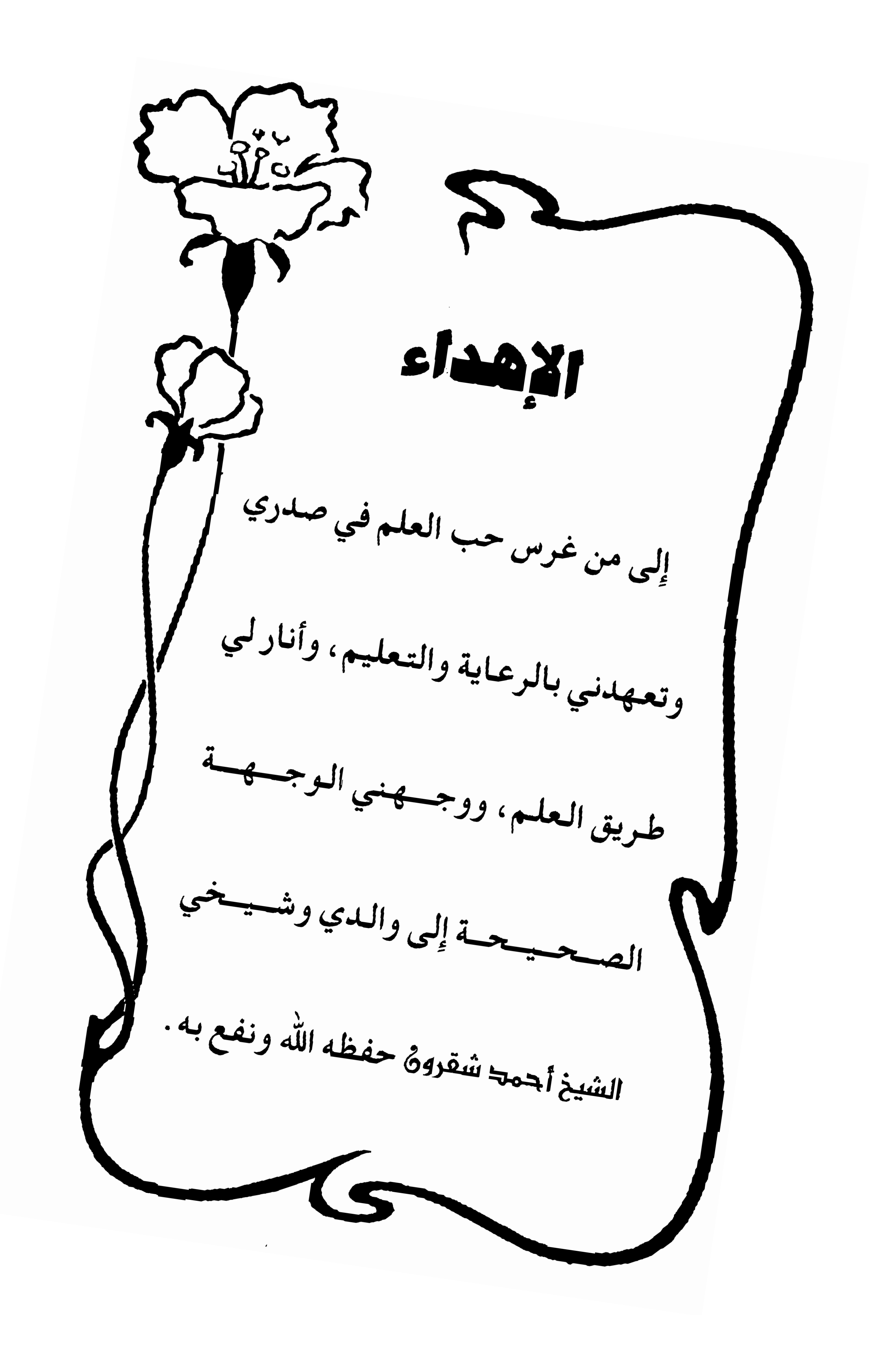
تأليف
محمد أحمد شقرون

دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث

بسم الله الرحمن الرحيم

أصل هذا البحث

رسالة ماجستير قدمت إلى كلية الشريعة والقانون، جامعة أم درمان الإسلامية ونالت درجة امتياز.



الإهداء

إلى من غرس حب العلم في صدري
وتعهدني بالرعاية والتعليم، وأنار لي
طريق العلم، ووجهني الوجهة
الصحيحة إلى والدي وشيخي
الشيخ أحمد شقرون حفظه الله ونفع به.

افتتاحيـــــة

نستفتح بالذي هو خير، حمداً لله، وصلاةً وسلاماً على عباده الذين اصطفى، وبعـــد:

فيسر دارالبحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث أن تقدم للمحققين من قرائها الكرام كتاباً آخر في سلسلة الدراسات الإصولية بعنوان «**مراعاة الخلاف عند المالكية وأثره في الفروع الفقهية**» ليكون وجهاً آخر من أوجه النظر العلمي في هذا المجال الرائد.

وهذا التقديم مقرون بالشكر والعرفان لأسرة «**آل مكتوم**» حفظها الله، التي ترعى العلم، وتشيّد نهضته، وتحيي تراثه، وتؤازر قضايا العروبة والإسلام، وعلى رأسها **صاحب السمو الشيخ مكتوم بن راشد بن سعيد آل مكتوم، نائب رئيس الدولة، رئيس مجلس الوزراء، حاكم دبي** الذي أنشأ هذه الدار لتكون منار خير، ومنبر حق على درب العلم والمعرفة، تجدد ما اندثر من تراث هذه الأمة، وتبرز محاسن الإسلام، فيما سطره الأوائل وفيما يمتد من ثماره، مما تجود به القرائح، في شتى مجالات البحوث الإسلامية، والدراسات الجادة، التي تعالج قضايا العصر، وتؤصل أسس المعرفة، على مفاهيم الإسلام السمحة عقيدة وشريعة، وآداباً وأخلاقاً، ومناهج حياة، مستلهمة الأدب القرآني، في الدعـوة إلى الله على بصيـرة ﴿**ادْعُ إِلَىٰ سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحِكْمَةِ وَالْمَوْعِظَةِ**

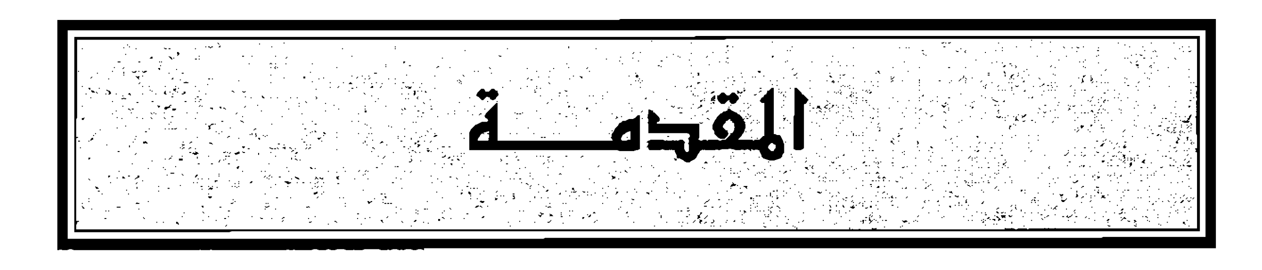
الْحَسَنَةِ وَجَادِلْهُم بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ .

وكذلك مؤازرة سمو الشيخ حمدان بن راشد آل مكتوم نائب حاكم دبي وزير المالية والصناعة، والفريق أول سمو الشيخ محمد بن راشد آل مكتوم ولي عهد دبي وزير الدفاع.

سائلين الله العون والسداد، والهداية والتوفيق ، ونرجو من الله سبحانه وتعالى أن يعين على السير في هذا الدرب، وأن يتواصل هذا العطاء من حسن إلى أحسن.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم على خير خلقه سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين . .

دار البحوث


المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين .

أما بعد :

فإن أسباب اختلاف الفقهاء كثيرة تدور في مجملها حول النص - كمصدر للأحكام الشرعية - من حيث الثبوت والدلالة ، وهذا الاختلاف ليس مقصودا في ذاته وإنما هو نتيجة لما جبل عليه البشر من التفاوت في الإدراك والنظر والقدرة على البحث .

وقد أقر الشارع هذا الاختلاف الصادر عن أهل الاختصاص والمبني على الحجة والبرهان ، وأثاب كل من استفرغ وسعه وبذل جهده في معرفة الحق ولو بالظن، المخطئ والمصيب على السواء .

والمجتهد في الإسلام متعبد بالنظر في النصوص - عند وجودها - وتقليب الأدلة والترجيح بينها والبحث عن أحكام جديدة وحلول مناسبة لما يحدثه المكلفون من أقضية لا نص فيها، وذلك بالرد إلى الأصول الشرعية، مع اعتقاده أن ما توصل إليه هو الصواب الذي يوافق مقصد الشارع لكنه لا يجزم بكون ماذهب إليه المخالف غير مقصود للشارع .

وهذا ما يميز الاختلاف بين المجتهدين فكل واحد منهم مطلع على مذهب مخالفه، عالم بأدلته ، فإذا أوقع المكلف فعلاً منهياً في نظر مجتهد

فإما أن يرتب عليه آثار النهي من فسخ وإبطال ، الأمر الذي قد يؤدي إلى مفسدة أعظم من مفسدة المنهي عنه ، أو يجد له مخرجا يوافق مقصد الشارع، وذلك بإعمال دليل مخالفه أو بعض ما يقتضيه ذلك الدليل، لدرء مفسدة متوقعة وجلب مصلحة محققة ، ومن هنا نشأ أصل مراعاة الخلاف .

والمجتهدون متفاوتون في الأخذ بأصل مراعاة الخلاف بين متوسع ومضيق، ويعد المالكية أكثر المذاهب أخذا به حتى عدوه من أصولهم، اشتهروا به واعتمدوه في تعليل الأحكام وتخريج الفروع ، ولا يكاد يخلو كتاب في الفروع أو الأصول من ذكر مراعاة الخلاف، أو الخروج من الخلاف .

والمذاهب الأخرى وإن أخذت بمراعاة الخلاف فهي لم تبلغ به مبلغ التأصيل ، أما المالكية فقد جعلوه أصلا ثابتا من أصولهم ، وأعملوه قبل وقوع فعل المكلف، فكان بهذا المعنى خروجا من الخلاف ، كما اعتبروه بعد الوقوع ، قال القباب[1] عن مراعاة الخلاف : " فاعلم أن مراعاة الخلاف من محاسن هذا المذهب فيقول ابتداء بالدليل الذي يراه أرجح ، ثم إذا وقع العمل على مقتضى الدليل الآخر ، راعى ما لهذا الدليل من القوة التي لم

---

(١) القباب : أبو العباس أحمد بن قاسم الفاسي المعروف بالقباب، إمام المغرب وإفريقية في وقته، أخذ عن ابن فرحون والفشتالي، وعنه أخذ الإمام الشاطبي وابن الخطيب القسنطيني وعمر الرجراجي، له تآليف نافعة تدل على غزارة علمه منها : مختصر أحكام النظر لابن القطان، وشرح قواعد عياض وبيوع ابن جماعة .
انظر : الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب لابن فرحون : ص٤١ ، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية لمحمد بن مخلوف ص٢٥٠ .

يسقط اعتبارها في نظره جملة [1] .

فمراعاة الخلاف بعد الوقوع اجتهاد جديد في نفس الواقعة أو الفعل لكن بأحكام مختلفة تناسب الواقعة وملابساتها .

أما الخروج من الخلاف فقد أخذت به كل المذاهب ، ومبناه على الاحتياط والورع .

والمدلول التشريعي لمراعاة الخلاف يتجاوز المعنى الأصولي الضيق ، ليشمل المعنى التشريعي العام بجوانبه الفقهية القانونية ، والأخلاقية الروحية ، فهو تطبيق دقيق لواقعية التشريع الإسلامي ومرونته .

وشمولية مراعاة الخلاف تتمثل في المحاور التالية :

أولاً : الحفاظ على مصلحة المكلف ، ودرء المفسدة عنه ، بما يوافق سنن التشريع ومقاصد الشارع ، فقد يرتكب المكلف فعلا منهيا عنه عند مجتهد ، فإذا رتبنا على ذلك الفعل الأحكام التي تناسبه من فسخ أو إبطال ، فإنه يؤدي إلى أمر أشد من مقتضى النهي ، فيراعي المجتهد قول واجتهاد من يصحح هذا الفعل ، ويعمله ويرتب عليه آثاره ، ويبقي الحالة على ما وقعت عليه ، لأن ذلك أولى من إزالتها لتعلق بعض الحقوق بها ، ولدفع الضرر الأشد ، وهذا يمثل قمة التيسير ورفع الحرج ، وهما من أبرز سمات التشريع الإسلامي .

---

(١) المعيار المعرب و الجامع المغرب عن فتاوى علماء إفريقية والأندلس والمغرب : ٣٨٨/٦ .

ثانياً: تجدد الاجتهاد بتغير الأحوال، فقد يتوصل المجتهد إلى حكم معين بعد النظر في الأدلة النقلية والعقلية وتقليب الحجج، فيستقر رأيه على اجتهاد معين، ويصبح ما توصل إليه هو الراجح، وغيره هو المرجوح، إلا أن المجتهد قد يغير رأيه عندما يجد نفسه أمام واقعة حال احتفت بها قرائن كثيرة قلبت الحكم المرجوح راجحا، فيجدد المجتهد اجتهاده بما يناسب تلك القرائن الجديدة، وهذا دليل قاطع على أن الاجتهاد التشريعي ليس مقصودا لذاته بل لتحقيق مقصد الشارع ومقصد المكلف الموافق له، فيتخلى المجتهد عن رأيه الذي كان يعتمد صحته ـ دون تعصب ـ ويعمل رأي غيره لمنع الحرج عن المكلف.

ثالثاً: مراعاة الخلاف تناسب مبدأ العدل الذي جعله الله تعالى القاعدة الكبرى الحاكمة على التشريع كله، لذا قال الشاطبي[1] في مراعاة الخلاف: "فمن واقع منهيا عنه فقد يكون فيما يترتب عليه من الأحكام زائدا على ما ينبغي بحكم التبعية لا بحكم الأصالة، أو مؤديا إلى أمر أشد عليه من مقتضى النهي، فيترك وما فعل من ذلك، أو يجيز ما وقع من الفساد على

---

(١) الشاطبي: أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الغرناطي الشهير بالشاطبي، العلامة المحقق الأصولي، أخذ عن ابن الفخار ولازمه، وأبي عبد الله البلنسي، وابن لب والقباب وغيرهم، وعنه أبو بكر بن عاصم، وعبد الله البياني، له مؤلفات جليلة منها: الموافقات، الاعتصام في الحوادث والبدع، والإفادات والإنشادات. توفي سنة ٧٩٠هـ.

شجرة النور: ص٢٣١، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي: ٢/ ٢٤٨.

وجه يليق بالعدل ، نظرا إلى أن ذلك الواقع واقع المكلف فيه دليلا على الجملة "[1] .

وما أروع ما قاله ابن القيم[2] في وصف هذه الشريعة العظيمة حيث قال: " فإن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد ، وهي عدل كلها ورحمة كلها ، ومصالح كلها "[3] .

رابعاً: مراعاة الخلاف ترفع الخلاف بين الائمة أو تُقلله ، ومعلوم أن الاختلاف بين العلماء والمجتهدين مظهر حضاري عظيم مادام منطلقه الحجة والبرهان ، وغايته إدراك الحق ولو بالظن ، ولقد اتسعت الشريعة الإسلامية لكل هذا الخلاف وتبنته ، وهذا خير دليل على تكريم العقل البشري بفتح مجال سن القوانين الفقهية أمامه دون حجر أو تقييد .

وقد أثرى هذا الخلاف التشريع الإسلامي ، فكان بحق اختلاف تنوع وليس اختلاف تضاد ، يكمل بعضه بعضا ، ومراعاة العلماء لخلاف بعضهم البعض أكبر دليل على هذا التنوع والتكامل .

---

(١) الموافقات للشاطبي: ٤/ ١٤٧ .

(٢) ابن القيم: أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أبي بكر الزرعي الشهير بابن القيم الجوزية، الدمشقي، لازم ابن تيمية وانتفع به، وحبس معه في قلعة دمشق، له تصانيف عظيمة في غاية الجودة منها: أعلام الموقعين عن رب العالمين، وزاد المعاد في هدي خير العباد ، والطرق الحكمية ، وغيرها كثير، توفي سنة ٧٥١هـ ودفن بدمشق. انظر: الذيل على طبقات الحنابلة: ٢/ ٤٤٧ ، شذرات الذهب في أخبار من ذهب: ٦/ ١٦٨ .

(٣) أعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم: ١/ ٢٧٥ .

فيعمل المجتهد بقول إمام آخر في مسألة من المسائل ، وهو ما سماه الشيخ أحمد زروق[1] بالتبصر ، الذي معناه أخذ القول بدليله الخاص به من غير استبداد بالنظر ، ولا إهمال لقول ، وذلك أن الحق أحق أن يتبع ، ولا يمنع من رؤيته إلا تعصب ناشيء عن مكابرة وعناد أو هوى ، وكل ذلك مذموم شرعا[2] .

خامساً: مراعاة الخلاف هي تطبيق لأكثر من أصل تشريعي في آن واحد، فقد يراعي المجتهد قول المخالف مصلحة ، أو استحسانا، أو سدا للذريعة ، أو نظرا لما يؤول إليه الفعل ، ولهذا يشترط في الذي يراعي الخلاف أن يكون مجتهدا .

سادساً: مراعاة الخلاف تناسب المنهج الاجتهادي للمذهب المالكي لتعدد أصوله وقواعده ، واختلاف مدارسه الفقهية، مع ما ينتج عنه من مسائل وأقضية تحتاج إلى حلول سريعة لرفع الحرج وإزالة الضرر .

وهكذا تتضح لنا أهمية هذا الأصل التشريعي ، ومدى ارتباطه بمقاصد

---

(١) أحمد زروق : أبو العباس بن محمد بن عيسى البرنسي الفاسي الشهير بزروق، أخذ عن أئمة من أهل المشرق والمغرب منهم حلولو، والمشذالي، والرصاع، والجزولي، وعنه من لايعد كثرة منهم، الحطاب الكبير، واللقانيان من تآليفه : شرح على الحكم العطائية، وقواعد التصوف ، وتعليق على البخاري وغيرها ، ولد سنة ٨٤٨هـ وتوفي سنة ٨٩٩هـ.

انظر : شجرة النور : ص٢٦٨ ، الفكر السامي : ٢/ ٢٦٣ .

(٢) قواعد التصوف لأحمد زروق : ص٣٢ .

التشريع ومرونته ، وواقعيته في إحاطته بأحوال وتصرفات المكلفين وإعطائها الأحكام التي تناسبها .

وهذا ما حاولت إبرازه في هذا البحث ، فإن وفقت فمن الله ، وإن أخطأت فمن نفسي والشيطان ، والله من وراء القصد وهو يهدي السبيل .

أسباب اختياري لهذا الموضوع

١ـ رغبتي في الإسهام بمجهود علمي يخدم المذهب المالكي ، هذا المذهب الذي تربيت عليه وأخذته عن أهله .

٢ـ كشف النقاب عن مراعاة الخلاف ، وبيان حجيته ، وأثره في الفقه المالكي .

٣ـ إفراد (مراعاة الخلاف) ببحث مستقل يتناول هذا الأصل من الناحية النظرية ، ويجمع فروعه المبثوثة في بطون الكتب قدر المستطاع ، وعرض الكل بطريقة منهجية مرتبة .

صعوبات وعراقيل

لا يخلو البحث العلمي من صعوبات ومنغصات ، ولو لا ذلك لتيسر البحث على جميع الناس ، ولا أستثني نفسي من هذه الصعوبات ، ولا أبالغ فيها ، ولعل أهم ما واجهني من صعوبات تمثل فيما يلي :

١ـ غموض هذا الأصل حتى على كبار علماء المالكية ، قال الإمام الشاطبي : " فاعلم أن المسألة قد أشكلت على طائفة منهم ابن عبد البر[1]

(١) ابن عبد البر : يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري ، الإمام الحافظ النظار شيخ علماء الأندلس ، كبير محدثيها ، تفقه بابن المكوي ، وابن الفرضي ولازمه كثيرا ، طاف الأندلس طولا وعرضا لطلب العلم ، ولم يرحل إلى المشرق ، وتفقه عليه كثير من العلماء وأخذ عنه ابن حزم الحديث ، ألف في الموطأ كتبا مفيدة منها : كتاب التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد لم يتقدمه فيه أحد ، والاستذكار لمذاهب علماء الأمصار ، والاستيعاب في أسماء الصحابة ، والكافي في الفقه ، وغير ذلك ، ولد سنة ٣٦٨ ، توفي بشاطبية عام ٤٦٣هـ . =

فإنه قال الخلاف لا يكون حجة في الشريعة "[1].

وهذا ما وقع للشاطبي نفسه، حيث استشكل كيفية مراعاة الخلاف أو الضوابط الحاكمة لمراعاة الخلاف، فسأل كبار علماء عصره، أمثال القباب وابن عرفة[2]، ومراسلاته محفوظة[3].

فمثلا كتب إلى ابن عرفة يسأله في رسالة طويلة جاء فيها: " . . . وقع لي الإشكال من وجهين:

أحدهما: أن يقال مراعاة الخلاف إما أن تكون صحيحة وإما أن تكون غير صحيحة، فإن كانت صحيحة جارية على أصول الشريعة وجب اعتبارها على الإطلاق، وإن كانت غير صحيحة وجب إلغاؤها على الإطلاق، أما اعتبارها في بعض المسائل دون بعض، فإن ذلك خلاف ما

= انظر: ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك: ٤/ ٨٠٨، الديباج: ص٣٥٧-٣٥٩، شجرة النور: ١١٩، الفكر السامي: ٢/ ٢١٣-٢١٤.

(١) الموافقات: ٤/ ١٠٩.

(٢) ابن عرفة: محمد بن محمد بن عرفة، أبو عبد الله الورغمي التونسي، ولد بتونس سنة ٧١٦هـ وكان فقيها منطقيا فرضيا نحويا، أخذ عن والده وعن كبار علماء عصره، ونبغ في القراءات والفقه واللغة، رحل إليه الناس وإنتفعوا به، لم يتول من المناصب سوى الخطابة والإمامة والافتاء بجامع الزيتونة، له مؤلفات كثيرة والغالب على كتبه الاختصار، وله تفسير القرآن الكريم، ومختصر المذهب اهتم فيه بضبط حدود الحقائق الفقهية التي شرحها تلميذه الرصاع، توفي ابن عرفة سنة ٨٠٣.
انظر: الديباج ص٣٣٧، نيل الابتهاج بتطريز الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب: ص٢٧٤، الفكر السامي: ٣/ ٢٩٣.

(٣) المعيار المعرب للونشريسي: ٦/ ٣٦٧.

يعقل في بادي الرأي.

وإن سلم اعتبارها في بعض دون بعض، فذلك يفتقر إلى ضابط يعرف به الموضع الذي يجب أو يجوز أن يراعى فيه، حتى يكون الناظر في مسائل الفقه والمفتي على بينة. . . ولم يضبطوا ذلك فيما أعلم من قلة اطلاعي، وقصر باعي، فإن كانوا ذكروه فاهدوني إليه، وإن لم يذكروه ففقهوني بالبيان الشافي عليه . . .

والثاني: على فرض صحة مراعاة الخلاف فما أصلها من الشريعة؟ وعلى ما تبنى من أصول الفقه؟ "[1].

٢ـ قلة المراجع التي تناولت موضوع مراعاة الخلاف من الجانب الأصولي، مما اضطرني إلى السفر والمراسلة لعلي أحظى ببعض المراجع المطبوعة، أوالمخطوطة، والذي مارس البحث يدرك صعوبة الكتابة في موضوع مراجعه قليلة، فإن وُجدت المراجع فنصيب مراعاة الخلاف فيها فقرة، أو صفحات لا تتجاوز أصابع اليد .

الجديد في هذا البحث:

جدة هذا البحث تتجلى في النقاط التالية:

١- تقسيمي لمراعاة الخلاف إلى قسمين قبل وقوع فعل المكلف وبعد وقوعه مع تعريف كل قسم.

---

(١) المرجع السابق.

٢- ما سقته من الأدلة النقلية والعقلية ـ مما لم يذكره علماء المالكية ـ للاستدلال لمراعاة الخلاف قبل الوقوع وبعده .

٣- ما ذكرته من شروط لعملية مراعاة الخلاف زيادة على ماذكره المالكية .

٤- ما توصلت إليه من نتائج عند مقارنة مراعاة الخلاف بغيره من الأصول والقواعد كالفرق بين مراعاة الخلاف والاستحسان ، وقاعدة إعمال الدليلين أولى من إهمالهما أو إعمال أحدهما ، وقاعدة الحكم بين حكمين .

وغير ذلك مما توصلت إليه وأودعته هذا البحث .

منهجية البحث

قبل الشروع في هذا البحث كانت عندي بعض التصورات المتفرقة ، والمعلومات السطحية حول موضوع مراعاة الخلاف ، إلا أني تخليت عن ذلك كله لأنطلق في البحث، وأجمع المادة العلمية دون تأثر مسبق ، وأسلمت قلمي للحجة والدليل بكل موضوعية .

فحاولت قدر المستطاع جمع كل ما قيل عن مراعاة الخلاف من المتقدمين والمتأخرين والمعاصرين ، وعرضت جميع الآراء بكل أمانة علمية ، وذكرت النصوص مع توثيقها، وعزوها إلى مظانها، ونسبتها إلى أصحابها .

وعند الخلاف حاولت تحرير محل النزاع ، وتقريبه ، لأصل أخيرا إلى القول الراجح الذي يؤيده الدليل وتسنده الحجة .

ثم قمت باستقراء بعض الفروع الفقهية المبنية على هذا الأصل، مقتصرا على الأهم منها لكثرتها وتشعبها، وعرضتها مرتبة حسب أبواب الفقه.

وقد اشتملت الرسالة على مقدمة ، وبابين، وخاتمة، فكانت كالتالي:

المقدمة:

ذكرت فيها أهمية مراعاة الخلاف، ومنزلته من أصول المذهب المالكي، وأسباب اختياري لهذا الموضوع، والصعوبات التي واجهتني، ومنهج البحث.

الباب الأول: مراعاة الخلاف من الناحية النظرية .

وفيه خمسة فصول:

الفصل الأول: تعريف مراعاة الخلاف .

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: تعريف مراعاة الخلاف مركبا إضافيا.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف الخلاف .

المطلب الثاني: تعريف المراعاة أو الرعي.

المبحث الثاني: تعريف مراعاة الخلاف لقبا.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مراعاة الخلاف باعتبار وقوع الفعل .

المطلب الثاني: تعريف مراعاة الخلاف بعد وقوع الفعل .

المطلب الثالث: تعريف الخروج من الخلاف، أو مراعاة الخلاف قبل وقوع الفعل.

الفصل الثاني: أصول المذهب المالكي ومراعاة الخلاف.

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: أصول المذهب المالكي .

المبحث الثاني: منزلة مراعاة الخلاف بين أصول المذهب المالكي .

المبحث الثالث: أمثلة من فتاوى الإمام مالك أشار فيها إلى مراعاة الخلاف.

الفصل الثالث: موقف علماء المالكية من مراعاة الخلاف.

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: المجيزون لمراعاة الخلاف بعد الوقوع وأدلتهم.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الأدلة النقلية لمراعاة الخلاف بعد الوقوع.

المطلب الثاني: الأدلة العقلية لمراعاة الخلاف بعد الوقوع.

المبحث الثاني: النافون لمراعاة الخلاف بعد الوقوع وأدلتهم.

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: العلماء الذين لم يحتجوا بمراعاة الخلاف بعد الوقوع .

المطلب الثاني: أدلة المخالفين لمراعاة الخلاف بعد الوقوع .

المطلب الثالث: جواب المجيزين عن أدلة النافين .

المطلب الرابع: الترجيح بين أدلة المجيزين والنافين.

الفصل الرابع: حكم وشروط مراعاة الخلاف ومقارنته ببعض المباحث الأصولية .

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: حكم مراعاة الخلاف.

المبحث الثاني: شروط مراعاة الخلاف

المبحث الثالث: مقارنات.

وبينت فيه أوجه الشبه والاختلاف بين مراعاة الخلاف، وبعض المباحث الأصولية كالإجماع، والاستحسان، والتلفيق، والحكم بين حكمين.

الفصل الخامس: مراعاة الخلاف عند غير المالكية.

وبينت فيه موقف الحنفية والشافعية والحنابلة من مراعاة الخلاف، مع ذكر أمثلة من الفروع الفقهية المبنية على مراعاة الخلاف، وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : مراعاة الخلاف عند الحنفية

المبحث الثاني: مراعاة الخلاف عند الشافعية

المبحث الثالث : مراعاة الخلاف عند الحنابلة

الباب الثاني : أثر مراعاة الخلاف في الفروع الفقهية .

ذكرت فيه الفروع الفقهية التي بنيت على مراعاة الخلاف مرتبة حسب أبواب الفقه ، وقد قسمته إلى أربعة فصول :

الفصل الأول : أثر مراعاة الخلاف في العبادات .

وفيه أربعة مباحث :

المبحث الأول : أثر مراعاة الخلاف في أحكام الطهارة .

المبحث الثاني : أثر مراعاة الخلاف في أحكام الصلاة .

المبحث الثالث : أثر مراعاة الخلاف في الزكاة والصوم .

المبحث الرابع : أثر مراعاة الخلاف في الحج والذبائح .

الفصل الثاني : أثر مراعاة الخلاف في أحكام الأحوال الشخصية .

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : أثر مراعاة الخلاف في النكاح وما يتعلق به .

المبحث الثاني : أثر مراعاة الخلاف في الطلاق وما يتعلق به .

الفصل الثالث : أثر مراعاة الخلاف في المعاملات المالية .

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : أثر مراعاة الخلاف في أركان البيع .

المبحث الثاني : أثر مراعاة الخلاف في بعض المعاملات المالية .

الفصل الرابع : أثر مراعاة الخلاف في الأقضية والحدود .

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : أثر مراعاة الخلاف في القضاء .

المبحث الثاني : أثر مراعاة الخلاف في الجنايات والحدود .

الخاتمة .

الفهارس .

الباب الأول

مراعاة الخلاف من الناحية النظرية

وفيه خمسة فصول:

الفصل الأول

تعريف مراعاة الخلاف

الفصل الثاني

أصول المذهب المالكي ومراعاة الخلاف

الفصل الثالث

موقف علماء المالكية من مراعاة الخلاف

الفصل الرابع

حكم وشروط مراعاة الخلاف ومقارنته ببعضالمباحث الأصولية

الفصل الخامس

مراعاة الخلاف عند غير المالكية



الفصل الأول

تعريف مراعاة الخلاف

المبحث الأول

تعريف مراعاة الخلاف مركبا إضافيا

المبحث الثاني

تعريف مراعاة الخلاف لقبا

المبحث الأول

تعريف مراعاة الخلاف مركباً إضافياً

مراعاة الخلاف أو رعي الخلاف ـ كما يعبر عنه البعض ـ مركب إضافي مكون من جزأين: مراعاة، وخلاف، ولكل جزء معناه الخاص به، ثم أصبح هذا المركب الإضافي لقبا وعلما على أصل معروف من أصول المالكية، ولمعرفة المعنى اللقبي والاصطلاحي لأي مركب إضافي ينبغي أولا معرفة معنى جزأيه[1]، المضاف والمضاف إليه.

فتعريف مراعاة الخلاف سيكون باعتبارين: باعتباره مركبا إضافيا ثم باعتباره لقبا أو علما على شيء مخصوص.

وهذا ما سأتناوله في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: تعريف الخلاف.

المطلب الثاني : تعريف المراعاة أو الرَّعي.

---

(١) وقيل: إن المركب الإضافي لا يتوقف على معرفة جزأيه، لأن التسمية به سلبت كلا من جزأيه عن معناه الانفرادي، وصيرت الجميع إسما لشيء آخر، والراجح أن المركب متوقف على معرفة جزأيه.

المطلب الأول

تعريف الخلاف

وسأبدأ بتعريف كلمة خلاف ـ أي المضاف إليه ـ لأنه أسبق في المعنى ، والمعاني أقدم من الألفاظ[1] ، ثم أذكر تعريف المراعاة أو الرَّعي في المطلب الثاني .

الخلاف :

مصدر خالف يخالف خلافا ومخالفة ، والاختلاف : مصدر اختلف ، يختلف ، اختلافا ، والخلاف والاختلاف في اللغة[2] نقيض الاتفاق ، اختلف الأمر إن لم يتفقا .

ومنه قوله تعالى : ﴿وَاخْتِلافُ أَلْسِنَتِكُمْ وَأَلْوَانِكُمْ﴾[3] قوله تعالى : ﴿مُخْتَلِفًا أَلْوَانُهُ﴾[4] .

ومنه قول النبي ﷺ عند تسوية الصفوف في الصلاة : «لا تختلفوا

---

(١) وقد حَسَّنَ هذا الرأي الإمام الأبِّي ، وأورد الرأي الثاني الذي يقول : إن المضاف هو الأولى بالبيان لأنه الأسبق في الذكر . انظر : إكمال إكمال المعلم شرح صحيح مسلم للأبِّي : ١/ ٤٨ ، فتقديم أحدهما على الآخر لا يؤثر في المعنى لأن النتيجة واحدة وهي إدراك معنى المضاف والمضاف إليه .

(٢) انظر : لسان العرب لابن منظور : ٩/ ٩٠ ، تاج العروس في جواهر القاموس للزبيدي : ٢٣/ ٢٧٥ ، التعريفات للجرجاني : ص١٣٥ ، الكليات لأبي البقاء الكفوي : ص٦٠ - ٦١ .

(٣) الروم / ٢٢ .

(٤) النحل / ١٣ .

فتختلف قلوبكم »[1] وذلك إذا تقدم بعضهم على بعض في الصفوف، تأثرت قلوبهم ، ونشأ بينهم اختلاف في الألفة والمودة.

وخالفه إلى الشيء: عصاه إليه ، أو قصده بعد أن نهاه ، ومنه قوله تعالى: ﴿وَمَا أُرِيدُ أَنْ أُخَالِفَكُمْ إِلَىٰ مَا أَنْهَاكُمْ عَنْهُ ﴾ [2]قال قتادة[3] : "لم أكن لأنهاكم عن أمر أركبه أو آتيه "[4].

قال الراغب[5]: "والاختلاف والمخالفة: أن يأخذ كل واحد طريقا غير طريق الآخر في حاله وأقواله ، والخلاف أعم من الضد، لأن كل ضدين

---

(١) رواه أبو داود في الصلاة باب تسوية الصفوف (رقم: ٦٤٤) ، والنسائي في الإمامة باب: كيف يقوم الإمام الصفوف (رقم: ٨١٠).

(٢) هود / ٨٨ .

(٣) قتادة: بن دعامة السدوسي البصري، يكنى أبا الخطاب، من علماء التابعين ، كان ضرير البصر ، حدّث عن أنس بن مالك، وسعيد بن المسيب وغيرهما ، كان حافظا، قال عنه ابن سرين: "قتادة أحفظ الناس" اشتهر بتفسير القرآن. قال أحمد ابن حنبل: قتادة عالم بالتفسير، ولد سنة ٦٠هـ وتوفي سنة ١١٧هـ.
انظر: تهذيب التهذيب: ٨/ ٣٥١ . تقريب التهذيب: ٢/ ١٢٣ . الكاشف في معرفة من له رواية في الكتب الستة: ٢/ ٣٤١ . تاريخ االثقات: ص٣٨٩ .

(٤) تفسير الطبري : ١٥/ ٤٥٣ .

(٥) الراغب: الحسن بن محمد بن الفضل أبو القاسم الأصفهاني أو الأصبهاني، المعروف بالراغب ، أديب لغوي ، من الحكماء والعلماء ، سكن بغداد واشتهر ، له تصانيف مفيدة منها: الذريعة إلى مكارم الشريعة ، مفردات ألفاظ القرآن ، وغيرهما كثير. توفي سنة ٥٠٢هـ.
انظر: بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة: ٢/ ٢٩٧ ، سير أعلام النبلاء للذهبي: ١٨/ ١٨٣ ، الأعلام للزركلي: ٢/ ٢٥٥ ، معجم المؤلفين لرضا كحالة: ٤/ ٥٩ .

مختلفان، وليس كل مختلفين ضدين "[1].

قوله: "أعم من الضد" لأننا نقول مثلا ، الأبيض خلاف الأحمر والأسود ، ولا نقول ضد الأحمر والأسود ، بل الأبيض ضد الأسود ، فيكون الخلاف قد جرى على الاثنين جميعا ، والضد على أحدهما فقط.

وقال أبو البقاء الكفوي[2] في تعريف الاختلاف: "هو أن يكون الطريق مختلفا والمقصود واحد "[3].

إذن الخلاف والاختلاف في اللغة هو مطلق المغايرة في القول والرأي والموقف والحالة.

هذا ولما كان الخلاف والاختلاف يفضي إلى التنازع، استعير ذلك للمنازعة والمجادلة ، قال الله تعالى: ﴿إِنَّ رَبَّكَ يَقْضِي بَيْنَهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ فِيمَا كَانُوا فِيهِ يَخْتَلِفُونَ﴾[4] وقال تعالى: ﴿وَلَا يَزَالُونَ مُخْتَلِفِينَ﴾[5] وقال تعالى:

---

(١) مفردات ألفاظ القرآن: ص٢٩٤ .

(٢) أبو البقاء الكفوي: أيوب بن موسى الحسيني الكوفي الحنفي ، ولد في كفا بالقرم سنة ١٠٢٥هـ ، كان من كبار فقهاء الحنفية ، عين قاضيا في الأستانة ثم في القدس حيث توفي سنة ١٠٩٤هـ أشهر كتبه ، الكليات ، معجم في المصطلحات والفروق اللغوية.

انظر: الأعلام: ٢/ ٣٨ . معجم المؤلفين: ٣/ ٣١ ، تاريخ آداب اللغة العربية لجرجي زيدان: ٣/ ٣٥٥ .

(٣) الكليات: ص٦٠-٦١ .

(٤) يونس/ ٩٣ .

(٥) هود/ ١١٨ .

﴿فَاخْتَلَفَ الأَحْزَابُ مِنْ بَيْنِهِمْ﴾[1] وقوله: ﴿وَمَا كَانَ النَّاسُ إِلاَّ أُمَّةً وَاحِدَةً فَاخْتَلَفُوا﴾[2] وقوله: ﴿إِنَّكُمْ لَفِي قَوْلٍ مُّخْتَلِفٍ﴾[3].

لذا قال الجرجاني[4] في تعريف الخلاف: "منازعة تجري بين المتعارضين لتحقيق حق أو إبطال باطل"[5].

ويستعمل الخلاف والاختلاف عند الفقهاء والأصوليين بمعناه اللغوي، أي مطلق المغايرة وعدم الاتفاق، وهو المراد من مراعاة الخلاف أو الاختلاف، أي أن المجتهد يراعي قولا مغايرا تماما لما استقر عليه اجتهاده، ويعمله ويبنى عليه أحكاما جديدة.

تنبيه:

فرّق بعض العلماء بين الخلاف والاختلاف، فقالوا: الاختلاف يكون

---

(١) مريم/ ٣٧.

(٢) يونس/ ١٩.

(٣) الذاريات/ ٨.

(٤) الجُرجاني: علي بن محمد بن علي، المعروف بالشريف الجرجاني، فيلسوف من كبار العلماء بالعربية، ولد في تاكو (قرب استرباذ من أعمال طبرستان) سنة ٧٤٠هـ ودرس في شيراز، ولما دخلها تيمور سنة ٧٨٩هـ فر الجرجاني إلى سمرقند، ثم عاد إلى شيراز بعد موت تيمور، فأقام إلى أن توفي سنة ٨١٦هـ، له نحو خمسين مصنفا منها: التعريفات، شرح مواقف الإيجي، شرح مختصر ابن الحاجب الأصولي.
انظر: الأعلام: ٥/ ١٥٩، بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة: ٢/ ١٩٦، الضوء اللامع لأهل القرن التاسع للسخاوي: ٥/ ٣٢٨.

(٥) التعريفات: ص١٣٥.

في قول بني على دليل ، أما الخلاف فيكون في قول لا دليل عليه .

جاء في الكليات : " والاختلاف ما يستند إلى دليل ، والخلاف ما لا يستند إلى دليل ... فالاختلاف من آثار الرحمة ، والخلاف من آثار البدعة ، والخلاف هو ما وقع في محل لا يجوز فيه الاجتهاد ، وهو ما كان مخالفا للكتاب والسنة والإجماع "[١] .

إلا أن أكثر الأصوليين والفقهاء لا يعتبرون هذا التفريق ، ويستعملون اللفظين بمعنى واحد، فكل أمرين خالف أحدهما الآخر خلافا فقد اختلفا اختلافا[٢]، ويبدوا هذا واضحا في مراعاة الخلاف ، فعلماء المالكية وغيرهم يضيفون كلمة خلاف إلى المراعاة ، ويقصدون به الاختلاف .

---

(١) الكليات : ص٦١ .

(٢) انظر : كشاف اصطلاحات الفنون للتهناوي : ٢/ ٢٢٠ .

المطلب الثاني

تعريف المراعاة أو الرَّعي

المراعاة في اللغة[1] :

مصدر راعى يُراعي مراعاة ، والرَّعي : مصدر رَعَى يَرْعَى رَعْياً ورِعَايةً ورِعَاءً بكسر الراء .

والمراعاة مثل الرَّعي ، معناهما واحد ، قال طرفة[2] :

خذول تراعي ربربا بخميلة تناول أطراف البرير وترتدي[3]

فتراعي في البيت بمعنى ترعى .

وتطلق المراعاة والرعي في اللغة ويراد بها المعاني التالية :

---

(١) تاج العروس : ١٠/ ١٥٢ ، لسان العرب : ١٤/ ٣٢٥ ، مختار الصحاح : ص ٢٤٨ ، معجم مقاييس اللغة : ٢/ ٤٠٨ ، القاموس المحيط : ص ١١٦٠ .

(٢) طرفة : بن العبد بن سفيان بن سعد البكري ، أبو عمرو ، شاعر جاهلي من الطبقة الأولى ، ولد في بادية البحرين نحو ٨٦ ق هـ ، وتنقل في بقاع نجد ، واتصل بالملك عمرو بن هند فجعله من ندمائه ، ثم أرسله بكتاب إلى المكعبر عامله على البحرين وعجمان يأمره بقتله ، لأبيات بلغ الملك أن طرفة هجاه بها ، فقتله المكعبر شابا في هجر سنة ٦٠ ق هـ ، له ديوان شعر صغير .

انظر : الأعلام : ٣/ ٢٢٥ ، معجم المؤلفين : ٥/ ٤٠ ، معجم الشعراء : ص١٤٦ .

(٣) تاج العروس : ٧/ ٣٠١ ، والخذول كالبقرة وغيرها من الدواب إذا تخلفت عن صواحبها وانفردت ، أو تخلفت فلم تلحق فهي خاذل وخذول (لسان العرب : ١١/ ٢٠٢) . والربرب : القطيع من الوحش ، وقيل من الظباء (لسان العرب : ١/ ٤٠٤) . الخميلة : القطيفة . البرير : أول ما يظهر من ثمر الأراك ، وهو حلو . (لسان العرب : ٤/ ٥٥) .

الحفظ ، والرفق ، والإبقاء على الشيء : راعى أمره حفظه ، وأبقى عليه، ورفق به .

ومنه قول النبي ﷺ «خير نساء ركبن الإبل صالح نساء قريش ، أحناه على ولد في صغره وأرعاه على زوج في ذات يده» [١] .

قال ابن منظور[٢] عند استشهاده بالحديث : "هو من المراعاة ، الحفظ والرفق وتخفيف الكلف والأثقال عنه ، وذات يده كناية عما يملك من مال وغيره" [٣] .

وكذلك رعى أمره : حفظه ، قال الراغب : "الرَّعي في الأصل حفظ الحيوان إما بغذائه الحافظ لحياته ، أو بذب العدو عنه ، يقال : رعيته ، أي حفظته ، وجعل الرعي والرعاء للحفظ والسياسة ، قال : ﴿فَمَا رَعَوْهَا حَقَّ رِعَايَتِهَا﴾[٤] أي ما حافظوا عليها حق المحافظة ، ويسمى كل سائس لنفسه أو

---

(١) رواه البخاري في النكاح باب : إلى من ينكح أو أي النساء خير (رقم : ٤٧٩٤) ، وفي النفقات باب : حفظ المرأة زوجها في ذات يده والنفقة (رقم : ٣٢٥١) ، ومسلم في فضائل الصحابة باب : من فضائل نساء قريش (رقم : ٢٥٢٧) .

(٢) ابن منظور : محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين بن منظور الأنصاري الرويفعي ، الإمام اللغوي الحجة ، ولد بمصر سنة ٦٣٠هـ ، وخدم في ديوان الإنشاء بالقاهرة ، ثم ولي القضاء في طرابلس الغرب ، وعاد إلى مصر ، وتوفي بها سنة ٧١١هـ ، وله آثار كثيرة أشهرها لسان العرب ، ومختصر تاريخ دمشق لابن عساكر . انظر : الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة : ٤/ ٢٦٢ ، فوات الوفيات : ٢/ ٢٦٥ ، بغية الوعاة : ص ١٠٧ ، الأعلام : ٧/ ١٠٨ ، معجم المؤلفين : ١٢/ ٤٦ .

(٣) لسان العرب : ١٤/ ٣٢٩ .

(٤) الحديد / ٢٧ .

لغيره راعيا، وروي: «كلكم راع، وكلكم مسئول عن رعيته»[1]، أي حافظ ومؤتمن، والرعية كل من شمله حفظ الراعي ونظره"[2].

ومنه قولهم: "رعاك الله، ورعى ذمامه، أي حفظك الله وكلأك".

والرَّعي والمراعاة الإبقاء على الشيء؛ لأن الحفظ لا يكون إلا به، قال ذو الإصبع[3]:

بغى بعضهم بعضا فلم يرعوا على بعض[4]

أي لم يبقوا على أحد.

وقال أبو عمرو بن العلاء[5]:

---

(١) أخرجه البخاري في الجمعة، باب الجمعة في القرى والمدن (رقم: ٨٥٣)، وفي الأحكام، في فاتحته (رقم: ٦٧١٩)، ومسلم في الإمارة باب: فضيلة الإمام العادل (رقم: ١٨٢٩)، وأبو داود في الإمارة. باب: ما يلزمه الإمام في حق الرعية (رقم: ٢٩٢٨)، والترمذي في الجهاد باب: ما جاء في الإمام (رقم: ١٧٠٩).

(٢) مفردات ألفاظ القرآن: ص٣٥٧.

(٣) ذو الإصبع: بن الحارث بن محرث بن ثعلبة بن عدوان، شاعر جاهلي لقب بذي الإصبع لأن حية نهشت إصبع رجله فقطعها، ويقال كانت له إصبع زائدة، عاش طويلا حتى عد من المعمرين له حروب ووقائع وأخبار، وشعره مليء بالحكمة قليل الغزل والمديح، توفي سنة ٢٢ ق هـ.
انظر: الشعر والشعراء: ص٢٧٠، الأعلام: ٢/ ١٧٣.

(٤) لسان العرب: ١٤/ ٣٢٧.

(٥) أبو عمرو بن العلاء: زبان بن عمر التميمي المازني البصري، من أئمة اللغة والأدب، ولد سنة ٧٠هـ بمكة المكرمة، ونشأ بالبصرة، قال أبو عبيدة: "كان أعلم الناس بالأدب والعربية والقرآن والشعر وهو أحد القراء السبعة، توفي بالكوفة سنة ١٥٤هـ.
انظر: غاية النهاية في طبقات القرّاء: ١/ ٢٨٨، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان: ١/ ٣٨٦، الأعلام: ٣/ ٤١.

إن كان هذا السحر منك فلا تُرِعْي عليَّ وجددي سحرا[1]

أي: لا تبقي علي.

النظر إلى الشيء وملاحظته ومراقبته واعتباره: راعيت أمره، نظرت إلى ما يصير، وماذا منه يكون ولاحظته، ومنه مراعاة الحقوق، أي ملاحظتها واعتبارها.

وراعى النجوم، ورعاها راقبها، وتأمل فيها، وانتظر مغيبها، قالت الخنساء[2]:

أرعى النجوم وما كُلِّفتُ رِعْيَتَها وتارة أتغشى فضل أطماري[3]

وفلان لا يراعي إلى أحد، أي لا يلتفت إلى أحد.

جاء في لسان العرب: "والمراعاة المناظرة والمراقبة، يقال راعيت فلانا مراعاة ورعاء إذا راقبته، وتأملت فعله، وراعيت الأمر نظرت إلى ما يصير، وراعيته لاحظته، وراعيته من مراعاة الحقوق ... وفلان يراعي أمر فلان، أي ينظر إلى ما يصير إليه أمره"[4].

---

(١) لسان العرب: ١٤/ ٣٢٧.

(٢) الخنساء: تماضر بنت عمرو بن الحارث بن الشريد السلمية. صحابية من أشهر شواعر العرب، عاشت أكثر عمرها في الجاهلية، أدركت الإسلام فأسلمت، ووفدت إلى النبي صلى الله عليه وسلم، وكان يعجبه شعرها، توفيت سنة ٢٤هـ. انظر: الشعر والشعراء: ص١٢٣، الأعلام: ٢/ ٨٦، أعلام النساء: ١/ ٣٦٠.

(٣) لسان العرب ١٣/ ٣٢٩، ١٤/ ٣٢٧، الأطمار: جمع طِمر بكسر الطاء، وهو الثوب الخلق. (مختار الصحاح: ص٣٩٧).

(٤) لسان العرب: ١٤/ ٣٢٩.

ومنه قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَقُولُوا رَاعِنَا وَقُولُوا انظُرْنَا وَاسْمَعُوا وَلِلْكَافِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾[1] .

فقول المسلمين للنبي ﷺ راعنا ، هو فعل طلب من الرعي أي الرفق والمراقبة، أي لا تتحرج من طلبنا وارفق بنا وقوله تعالى: ﴿وَقُولُوا انظُرْنَا﴾ أبدلهم بقولهم راعنا ، كلمة تساويها في الحقيقة والمجاز وعدد الحروف ، حتى لا يتذرع بها الكفار لأذى النبي ﷺ[2] .

وأرعيته سمعي ، وراعيته رِعاء ، ومراعاة: بمعنى فرغته لسماع كلامه، ومنه قول الأعشى ميمون بن قيس[3] :

يرعي إلى قول سادات الرجال إذا ... أبدوا له الحزم أو ما شاءه ابتدعا[4]

يُرعي: يُصغي بسمعه إليه مفرغا إليه .

والمعنى اللغوي هو المراد من المراعاة في الاصطلاح، أي أن المجتهد يلاحظ ويحفظ رأي واجتهاد مجتهد آخر ولا يهمله ، بل يأخذه بعين

---

(١) البقرة: ١٠٤ .

(٢) انظر: تفسير التحرير والتنوير لابن عاشور: ١/ ٦٥١ ، وتفسير الطبري: ٢/ ٤٦٤ .

(٣) الأعشى: ميمون بن قيس بن جندل شراحبيل بن عوف المعروف بأعشى قيس ، ويقال له الأعشى الكبير ، أبو بصير ، من شعراء الجاهلية وأحد أصحاب المعلقات، أدرك الإسلام ، ولم يسلم وعمى في آخر عمره. توفي سنة ٧هـ.
انظر: معجم المؤلفين: ١٣/ ٦٥ .

(٤) تفسير الطبري: ٢/ ٤٦٧ .

الاعتبار ، ويبني عليه الأحكام .

قال الرصاع[1] : "الرعي معناه اعتبار الشيء كما تقول : رعى فلان فلانا معناه اعتبره وقام له بما يناسبه "[2] .

---

(١) الرَّصاع : أبو عبد الله محمد بن قاسم الرَّصاع الأنصاري ، ولد بتلمسان سنة ٨١٩هـ حيث حفظ القرآن ثم رحل إلى تونس ، وأخذ العلم الشرعي عن كبار مشايخ المالكية في عصره كالبرزلي إمام جامع الزيتونة ، وتخرج على يديه عدد من مشاهير العلماء كأحمد زروق الفقيه ، تولى القضاء بتونس ، والخطابة والإفتاء بجامع الزيتونة ، له تآليف مفيدة أشهرها شرح حدود ابن عرفة الموسوم الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية توفي سنة ٨٩٤هـ والرصاع ـ بمهملتين والتشديد ـ نسبة إلى جده الرابع الذي كان نجارا يرصع المنابر .

انظر : توشيح الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب : ص٢١٦ ، نيل الابتهاج بتطريز الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب : ص٣٢٣ ، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية : ص٢٦٠ .

(٢) شرح حدود ابن عرفة للرصاع : ١/ ٢٦٤ .

المبحث الثاني

تعريف مراعاة الخالف لقباً

أصبح لهذا المركب الإضافي - مراعاة الخلاف - مدلوله ومفهومه الخاص، ينصرف إليه الذهن عند الإطلاق ، دون النظر إلى جزأيه ، أي صار لقبا وعلما على أصل معروف من أصول المالكية .

ولا يمكن إدراك المعنى اللقبي لمراعاة الخلاف إلا بعد تحديد موقع مراعاة الخلاف بالنسبة لفعل المكلف ، فمراعاة الخلاف قبل وقوع الفعل تختلف عن المراعاة بعد الوقوع ، وهذا ما سأتناوله في المطالب التالية :

المطلب الأول : مراعاة الخلاف باعتبار وقوع الفعل .

المطلب الثاني : تعريف مراعاة الخلاف بعد وقوع الفعل .

المطلب الثالث : تعريف الخروج من الخلاف أو مراعاة الخلاف قبل وقوع الفعل .

المطلب الأول
مراعاة الخلاف باعتبار وقوع الفعل

بعد تتبع واستقراء الفروع الفقيهة المبنية على مراعاة الخلاف تبين لي أن مراعاة الخلاف عند المالكية تنقسم إلى قسمين باعتبار وقوع الفعل :

القسم الأول : مراعاة الخلاف بعد وقوع الفعل :

فيراعي المجتهد الخلاف بعد قوع فعل المكلف ، فيكون للفعل بعد الوقوع حكم مغاير تماما لحكمه قبل الوقوع، لأسباب كثيرة سأذكرها في موضعها .

ومراعاة الخلاف بعد الوقوع هي المراد في المذهب المالكي عند الإطلاق، وهي التي قصدها المالكية بالتعريف والاستدلال ، حتى أصبحت أصلا قائما بذاته ، اختص به المذهب المالكي .

قال القباب : " فاعلم أن مراعاة الخلاف من محاسن هذا المذهب فيقول ابتداء بالدليل الذي يراه أرجح ، ثم إذا وقع العمل على مقتضى الدليل الآخر ، راعى ما لهذا الدليل من القوة "[(١)] .

القسم الثاني: مراعاة الخلاف قبل وقوع الفعل ، أو الخروج من الخلاف

لم يكتف المالكية بمراعاة الخلاف بعد وقوع الفعل، بل راعوه كذلك قبل وقوع الفعل احتياطا وورعا ، وهو بمعنى الخروج من الخلاف ابتداء .

وقد استشكل بعض المالكية كيف يراعى الخلاف قبل وقوع الفعل؟

---

(١) المعيار المعرب : ٦/ ٣٨٨ .

والمعروف من المذهب مراعاته بعد الوقوع!

هذا ما حدث للشيخ المغربي(١) -رحمه الله- لما تكلم على كلام ابن رشد(٢) بعد ذكره الخلاف في المسبوق هل هو قاض أو بان؟

قال ابن رشد: "وقول مالك(٣) رحمه الله: إنه إذا سلم الإمام وأدرك

---

(١) المغربي: أبو الحسن علي بن عبد الحق الزرويلي، الشهير عند أهل إفريقيا بالمغربي، أحد الأقطاب الذين دارت عليهم الفتيا، ولي القضاء بتازا ثم بفاس، فأقام الحق على الكبير والصغير، حتى على أمراء بني مرين، قال ابن مرزوق: إنه شيخ الإسلام ما عاصره مثله، ولا كان مثله فيما قارب عصره، وبمقامه في الفقه يضرب المثل قد جمع بين العلم والعمل، له شرح على التهذيب للبراذغي، توفي سنة٧١٩هـ.

انظر: الديباج المذهب: ص٢١٢، نيل الابتهاج: ص٢٢٠، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي: ٢/ ٢٧٨هـ.

(٢) ابن رشد: محمد بن أحمد بن رشد، أبو الوليد، القرطبي، ولد بقرطبة سنة ٤٥٠هـ كان إمام أهل الأندلس، وقاضي الجماعة بقرطبة، وصاحب الصلاة في المسجد الجامع. ثم استعفى من القضاء فاستعفي، تفرغ للتأليف والتدريس فأتى بما لم يأت به أحد، فكتب المقدمات والممهدات والبيان والتحصيل. وهو جد ابن رشد الفيلسوف صاحب بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لذا يقيده بعض المالكية بالجد لتمييزه عن الحفيد، وإذا أطلق ابن رشد عند المالكية فهو دائما ابن رشد الجد، توفي سنة ٥٢٠هـ.

انظر: الصلة في تاريخ أئمة الأندلس وعلمائهم ومحدثيهم وقضاتهم وأدبائهم: ٢/ ٥٧٦، بغية الملتمس في تاريخ رجال أهل الأندلس: ص٤٠، تاريخ قضاة الأندلس: ص٩٨، شجرة النور: ص: ١٢٩ .

(٣) مالك: بن أنس بن مالك بن أبي عامر الأصبحي الحميري، أبو عبد الله، إمام دار الهجرة، وأحد الأئمة الأربعة عند أهل السنة، أجمع العلماء على إمامته وجلالته، وعظم سيادته، وتبجيله، وله مصنفات جليلة أشهرها الموطأ، =

ركعة من الظهر يقرأ بأم القرآن وسورة ، فإذا ركع وسجد جلس ، فإذا قام قرأ بأم القرآن وسورة .

إنما أجاب بأن ما أدرك مع الإمام أولها ، ورأى أن يحتاط بزيادة السورة في الثالثة رعيا للخلاف .

قال الشيخ المغربي : "وفيه إشكال لكونه راعى الخلاف قبل الوقوع ، وإنما يراعى الخلاف بعد الوقوع "[1] .

والراجح أن المالكية راعوا الخلاف قبل الوقوع كما راعوه بعد الوقوع والدليل على ذلك ما يلي :

١ـ فتاوى الإمام مالك – رحمه الله- التي أشار فيها إلى الأخذ بمراعاة الخلاف قبل الوقوع دون أن يصرح بذلك[2] .

٢ـ ما كان يفعله الإمام مالك ـ رحمه الله ـ في خاصة نفسه دون أن يفتي به ، لأنه مخالف لاجتهاده ، وإنما فعله مراعاة للخلاف .

= ورسالة في الرد على القدرية ، ورسالة إلى الليث بن سعد في إجماع أهل المدينة ، وتفسير غريب القرآن ، ولد بالمدينة سنة ٩٣هـ وتوفي سنة ١٧٩هـ.

انظر : ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك : ١/ ٨١ ، شذرات الذهب : ٢/ ١٢ ، سير أعلام النبلاء : ٨/ ٤٨ ، الفكر السامي : ١/ ٣٧٦، الديباج : ص١٧-٣٠ ، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان : ٣/ ١٣٥ .

(١) شرح حدود ابن عرفة : ١/ ٢٦٤ .

(٢) انظر : المبحث الثالث من الفصل الثاني من هذه الرسالة .

والأمثلة على ذلك كثيرة منها :

كان الإمام مالك يدعو بدعاء الاستفتاح بعد تكبيرة الإحرام وقبل قراءة الفاتحة ، مع أنه كان يفتي بكراهته في الصلاة ، لعدم ثبوته ومخالفته لعمل أهل المدينة[1] ، ولما رواه أنس بن مالك[2] رضي الله عنه قال : صليت خلف النبي ﷺ وأبي بكر[3] وعمر[4] وعثمان[5] فكانوا يستفتحون بالحمد لله رب

---

(١) المنتقى شرح موطأ مالك للباجي : ١/ ٨٥ ، مواهب الجليل شرح مختصر خليل للحطاب : ١/ ٥٤٤ .

(٢) أنس بن مالك : بن النضر بن ضمضم البخاري الأنصاري الخزرجي ، أبو حمزة ، خادم رسول الله ﷺ نزيل البصرة ، قدم رسول الله ﷺ المدينة وهو ابن عشر سنين ، وأهدته أمه إلى النبي ﷺ ليخدمه ، وهو آخر من بقي بالبصرة من الصحابة ، توفي سنة ٩١هـ وقيل غير ذلك . انظر : طبقات ابن سعد : ٧/ ١٧ ، أسد الغابة في معرفة الصحابة : ١/ ١٥١ ، الإصابة في تمييز الصحابة : ١/ ٧١ ، تهذيب التهذيب : ١/ ٧٣ ، شذرات الذهب في أخبار من الذهب : ١/ ١٠٠-١٠١ .

(٣) أبو بكر : عبد الله بن عثمان بن أبي قحافة بن عامر بن كعب سعد بن تيم بن مرة بن كعب بن لؤي ، ويلقب بالصديق ، أول من آمن من الرجال برسول الله ﷺ ، ورفيقه في الهجرة وخليفته بعد انتقاله إلى الرفيق الأعلى ، ولد بعد الفيل بثلاث سنين ، وتوفي ليلة الثلاثاء سنة ١٣هـ وعمره ثلاث وستون سنة ، ومدة خلافته سنتان وثلاثة أشهر وعشر ليال . انظر : الإصابة : ٢/ ٣٤١ .

(٤) عمر بن الخطاب : بن نفيل القرشي العدوي ، أبو حفص الفاروق ، وثاني الخلفاء الراشدين ، أسلم قبل الهجرة بخمس سنين ، وبإسلامه عز الإسلام ، ملأ الأرض عدلا وأمنا ، وهو أول من لقب بأمير المؤمنين ، وأول من دون الدواوين ، وأرخ بالهجرة ، وضرب الدرهم ، ومناقبه وفضائله لا تحصى ، قتله أبو لؤلؤة فيروز الفارسي في صلاة الصبح سنة ٢٣هـ ومدة خلافته عشر سنين وخمسة أشهر وإحدى وعشرون ليلة . انظر : طبقات ابن سعد ٣/ ٢٦٥ ، صفة الصفوة : ١/ ٢٦٨ ، الإصابة ٢/ ٤٥٠ ، الاستيعاب في أسماء الأصحاب لابن عبد البر : ٢/ ٥١١ .

(٥) عثمان بن عفان : بن أبي العاص بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف ، لقب بذي النورين لتزوجه ببنتي رسول الله ﷺ ، رقية ، وأم كلثوم ، وهو من السابقين =

العالمين ، ولا يذكرون بسم الله الرحمن الرحيم في أول قراءة ولا في آخرها "(١).

قال ابن وهب(٢) : " صليت مع مالك في بيته، فرأيته يرفع يديه في أول ركعة، وكان إذا ركع وإذا رفع رأسه من الركوع رفع يديه حذو منكبيه ، وكان يقول ﴿وَجَّهْتُ وَجْهِيَ لِلَّذِي فَطَرَ السَّمَوَاتِ وَالأَرْضَ حَنِيفًا وَمَا أَنَا مِنَ الْمُشْرِكِينَ﴾ فلما سئل عن ذلك قال: أكره أن أحمل الجاهل على ذلك فيقول إنه من فرض الصلاة "(٣).

وهذا دليل واضح على أن الإمام مالكا اعتبر قول من ذهب إلى سنية دعاء الاستفتاح وراعاه خروجا من الخلاف.

=إلى الإسلام ، وثالث الخلفاء الراشدين ، وأحد العشرة المبشرين ، قتل سنة ٣٦هـ وعمره ٨٢ أو ٧٥ سنة ، ومدة خلافته ١٢ سنة إلا ١٢ يوما. انظر: الإصابة: ٢/ ٤٦٢ ، الاستيعاب: ٢/ ٦٩ ، تهذيب الأسماء و اللغات: ١/ ٣٢١ ، تاريخ الخلفاء: ص١٤٧ .

(١) رواه الإمام مالك في الموطأ في كتاب الصلاة باب: العمل في القراءة (رقم: ٣٠) ، ومسلم في الصلاة باب: حجة من قال لا يجهر بالبسملة (رقم: ٣٩٩).

(٢) ابن وهب: عبد الله بن وهب بن سلم القرشي مولاهم ، أبو محمد ، روى عن أربعمائة عالم منهم الليث ، وابن أبي ذئب ، والسفيانان ، ومالك وقد صحبه عشرين سنة ، وعنه أخذ سحنون وأصبغ وأبو مصعب والزهري وغيرهم ، وأخرج له أصحاب السنة جميعا ، له تآليف كثيرة منها: سماعه من مالك ، والموطأ الكبير ، والموطأ الصغير ، والجامع الكبير والمجالسات ، ولد سنة ١٢٥هـ وتوفي سنة ١٩٧هـ. انظر: الانتقاء في فضائل الثلاثة الأئمة الفقهاء: ص٥ ، ترتيب المدارك: ٢/ ٤٢١ ، الديباج: ١٣٢-١٣٣ ، شجرة النور: ١/ ٥٨-٥٩ .

(٣) انظر: البيان والتحصيل: ١/ ٤١٣-٤١٤ .

المشهور في المذهب المالكي ، أن الفذ والإمام لا يسلم كل واحد منهما إلا تسليمة واحدة عن اليمين للخروج من الصلاة[1] ، قال الإمام مالك : وقد سلم النبي صلى الله عليه وسلم واحدة وكذلك أبو بكر وعثمان وغيرهم، وقال: كما يدخل في الصلاة بتكبيرة واحدة فكذلك يخرج منها بتسليمة واحدة ، وعلى ذلك كان الأمر في الأئمة وغيرهم "[2] .

قال سند[3] في الطراز: "فاحتج مالك بالأمر الذي أدرك عليه الناس، وهو أقوى عنده ، فإن الصلاة مشروعة على الجميع مطلوبة من الكافة ، فلا يثبت فيها مطلوب إلا بأمر مستفيض ، والمرجع في ذلك إلى العمل المتصل، سيما عمل أهل المدينة، فإنها دار الهجرة، وبها استقر الشرع وقبض الرسول، وأقامت الخلفاء بعده الصلوات في الجمع على ما كانت تقام يوم وفاته ، واتصل بذلك عمل الخلف عن السلف "[4] .

واستدلوا من المنقول بحديث عائشة رضي الله عنها ، عن النبي ﷺ «كان يسلم في الصلوات تسليمة واحدة تلقاء وجهه، يميل إلى الشق

(١) مواهب الجليل: ١/ ٥٣١ .
(٢) المرجع السابق: ١/ ٥٣٠ .
(٣) سند: أبو علي سند بن عنان بن إبراهيم الأزدي المصري ، تفقه بأبي بكر الطرطوشي وروى عن أبي طاهر السلفي ، وعنه أخذ جماعة منهم: أبو الطاهر إسماعيل بن عوف ، له الطراز في شرح المدونة في نحو ثلاثين سفرا توفي قبل إتمامه، توفي بالإسكندرية سنة ٥٤١هـ. انظر: الديباج: ١٢٦-١٢٧ ، شجرة النور: ص١٢٥ .
(٤) مواهب الجليل: ١/ ٥٣١ .

الأيمن شيئا»[1].

هذا هو المشهور في المذهب إلا أن الإمام مالكا - رحمه الله- كان يسلم بتسليمتين عن اليمين واليسار في خاصة نفسه.

قال مطرف[2]: "وبهذا كان يأخذ مالك في خاصة نفسه"[3].

وهذا يدل على مراعاة الإمام مالك لمن قال إن المصلي لا يخرج من الصلاة إلا بتسليمتين، والله أعلم.

٣ـ فتاوى واجتهادات علماء المالكية، الذين راعوا الخلاف قبل الوقوع، وقولهم: كره للخلاف، أو جاز للخلاف[4]، كما سيأتي في الباب التطبيقي.

قال المقري[5]: "والصحيح قبل الوقوع - خلافا لصاحب

---

(١) سنن الترمذي، كتاب الصلاة: باب ماجاء في التسليم في الصلاة (١/ ٣٦٣)

(٢) مطرف: بن عبد الله بن سليمان بن يسار الهلالي المدني، أبو مصعب، ابن أخت الإمام مالك، كان تقيا أمينا، روى عن جماعة منهم خاله مالك، وبه تفقه، توفي بالمدينة ٢٢٠هـ. انظر: الديباج: ص٣٤٠، شجرة النور: ص٥٧.

(٣) مواهب الجليل: ١/ ٥٣١.

(٤) كشف النقاب الحاجب من مصطلح ابن الحاجب: ص١٦٧.

(٥) المقري: محمد بن محمد بن أحمد بن أبى بكر المقري ـ بفتح الميم وتشديد القاف أو تخفيفها ـ التلمساني أبو عبد الله، ولد بتلمسان، أخذ عن علماء تلمسان ثم رحل إلى المشرق وتونس، أشهر مشايخه المشذالي وابن القيم الجوزية، كما أخذ عنه كبار العلماء أمثال، لسان الدين الخطيب، وابن خلدون، والشاطبي صاحب الموافقات، وابن جزي صاحب القوانين الفقهية. تولى القضاء بتلمسان، =

المقدمات[1] توقيا واحترازا ، كما في الماء المستعمل ، وفي القليل بنجاسة على رواية المدنيين[2] ، وبعده ـ أي بعد الوقوع ـ تبرءا وإنفاذا "[3] .

وأراد المقري بصاحب المقدمات ابن رشد الجد ، وقوله : " خلافا لصاحب المقدمات " أي أن ابن رشد لا يقول بمراعاة الخلاف قبل الوقوع ، وهذا غير صحيح .

فقد تتبعت مواطن مراعاة الخلاف في (المقدمات) ، و(البيان والتحصيل)[4] ولم أجد لهذا النقل نصا يؤيده ، بل كل تعليقات ابن رشد

= وترك مؤلفات كثيرة منها : القواعد ، وهو في قواعد الفقه المالكي ، قال عنه الونشريسي : "كتاب غزير العلم ، كثير الفوائد ، لم يسبق إلى مثله ، بيد أنه يفتقر إلى عالم فتاح " وله حاشية على مختصر ابن الحاجب الفقهي ، توفي عام ٧٥٨هـ . انظر : نفح الطيب من غصن الأندلس الرطيب : ٥/ ٢٠٣ ، الديباج المذهب : ص٢٨٨ ، نيل الابتهاج : ص٢٤٩ ، الإحاطة في أخبار غرناطة : ٢/ ١٩١ .

(١) وعنوانه الكامل : المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات لأمهات مسائلها المشكلات ، وهو مطبوع كاملا بدار الغرب الإسلامي ببيروت .

(٢) المراد بالمدنيين في اصطلاح المالكية : ابن كنانة ، وابن الماجشون ، ومطرف ، وابن نافع ، وابن مسلمة ، انظر : منظومة المسائل التي لا يعذر فيها بالجهل لشيخ بهرام مع شرح الأمير : ص٦ .

(٣) القواعد للمقري : ١/ ٢٣٦-٢٣٧ .

(٤) وعنوانه الكامل : البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في المسائل المستخرجة ، وهو تعليق على مسائل العتبية ، وأودعه ابن رشد جميع معارفه الفقهية التي اكتسبها من دراسته وتجاربه في التدريس والقضاء والإفتاء ، وهو مطبوع بدار الغرب الإسلامي ببيروت .

على فتاوى الإمام مالك رحمه الله في المقدمات ، والبيان والتحصيل ، تؤكد أنه يقول بمراعاة الخلاف قبل الوقوع .

قال ابن رشد في المقدمات : " لا ينبغي الوضوء بالماء الذي ولغ فيه الكلب ، إذا وجد غيره ، مراعاة للخلاف في النجاسة ، وكذلك لا ينبغي أن يغسل الإناء به إذا وجد غيره ، مراعاة للخلاف "[1] .

وقال في البيان والتحصيل : " فسؤر النصراني ، وما أدخل يده فيه ، وإن أيقن نجاسة يده وفمه مكروه مع وجود غيره ابتداء مراعاة للخلاف "[2] .

وكثيرا ما يقول ابن رشد ، إنما خفف في ذلك ابتداء لاختلاف الناس .

إلا أن المالكية لم يهتموا بالخروج من الخلاف أو مراعاة الخلاف قبل الوقوع من حيث الاستدلال والتعريف اهتمامهم بمراعاة الخلاف بعد الوقوع ، ربما يكون سبب ذلك اشتراك جميع المذاهب في القول بالخروج من الخلاف ، عكس مراعاة الخلاف بعد الوقوع .

---

(١) المقدمات الممهدات : ١/ ٩١ .

(٢) البيان والتحصيل : ١/ ٣٥ .

المطلب الثاني

تعريف مراعاة الخلاف بعد وقوع الفعل

تناول علماء المالكية مراعاة الخلاف بعد وقوع الفعل بالبحث والتعريف، لتوضيح معناه، وتبيين حقيقته، وسأذكر في هذا المطلب أشهر هذه التعاريف والاعتراضات الواردة عليها، ومناقشاتها، ثم أخلص إلى التعريف المناسب.

التعريف الأول: تعريف ابن عرفة:

عرف الإمام ابن عرفة مراعاة الخلاف بقوله: "إعمال دليل في لازم مدلوله الذي أعمل في نقيضه دليل آخر"[1].

شرح التعريف[2]:

إعمال: ملاحظة واعتبار.

دليل: الدليل لغة: العلامة والمرشد، والكاشف.

واصطلاحا: "ما يمكن التوصل بصحيح النظر فيه إلى مطلوب خبري"[3].

وعرفه الإمام الباجي[4] بقوله: "ما صح أن يرشد إلى المطلوب الغائب

---

(١) انظر: شرح حدود ابن عرفة: ١/ ٢٦٣، المعيار المعرب: ٦/ ٣٧٧-٣٧٨ وما بعدها، منار أهل الفتوى وقواعد الإفتاء بالأقوى للقاني: ص٣٠٢ وما بعدها.

(٢) انظر: المراجع السابقة.

(٣) إيصال السالك في أصول الإمام مالك: ص٥.

(٤) الباجي: سليمان بن خلف بن سعد التجيبي الباجي أبو الوليد، ولد في بطليوس سنة ٤٠٣هـ، رحل إلى المشرق وحج أربع حجج، ومكث في رحلته ثلاثة عشر=

عن الحواس "[1].

وإعمال دليل ، جنس ، يصدق على مراعاة الخلاف وغيرها .

في لازم مدلوله: اللازم ما يمتنع انفكاكه عن الشيء .

قال أبو البقاء : "اللزوم يستعمل بمعنى امتناع الانفكاك اصطلاحا ، وبمعنى التبعية لغة "[2].

والمدلول : هو المطلوب الخبري الذي يتوصل إليه بالدليل .

فقوله : لازم مدلوله ، قيد احترز به ابن عرفة عن إعمال الدليل في مدلوله .

الذي أعمل في نقيضه دليل آخر : النقيضان هما الأمران اللذان أحدهما وجودي ، والآخر عدمي ، فلا يجتمعان ولا يرتفعان ، مثل الوجود وعدم الوجود ، والقعود وعدم القعود ، فنقيض الحرام واجب ، فشرب الخمر

= عاما في بغداد والموصل والشام والحجاز وغيرها ، ثم رجع إلى الأندلس بعلم كثير ، له تآليف سارت بها الركبان منها : الاستيفاء في شرح الموطأ ، والمنتقى من الاستيفاء ، والناسخ والمنسوخ، والتعديل والتجريح فيمن روى عنه البخاري في الصحيح ، وهو الذي تصدى لمناظرة ابن حزم الظاهري بعدما عجز أهل الأندلس عنه ، فأفحمه ، توفي سنة ٤٧٤هـ بالمرية .

انظر : الصلة : ص٢٠٠ ، بغية الملتمس : ص٣٠٢-٣٠٣ ، وفيات الأعيان : ٥/ ٦٧-٨٥ ، شجرة النور الزكية : ص١٢٠-١٢١ .

(١) الحدود في الأصول للباجي : ص٣٨ ، وإحكام الفصول في أحكام الأصول له : ص١٧١ .

(٢) الكليات : ٤/ ١٦٨ ، تعريفات الجرجاني : ص١٢٠ .

حرام وتركه واجب .

والضمير في " نقيضه " يعود إلى المدلول ، أي أن المجتهد أعمل دليله في نقيض المدلول ، وأعمل دليل المخالف في لازم ذلك النقيض .

وبالمثال يتضح التعريف ، وقد اختار ابن عرفة نكاح الشغار كمثال تطبيقي لتوضيح تعريفه .

ونكاح الشغار : هو أن يقول الرجل لآخر : زوجني مولاتك - ابنتك أو أختك - وأزوجك مولاتي ، ولا مهر بينهما[1] .

وقد اختلف العلماء في أثر هذا الشرط على صحة العقد بعد الوقوع ، هل يفسده أو لا ؟

فقال الحنفية : العقد صحيح ، والشرط باطل ، ويلزم مهر المثل ، لأن هذا نكاح مؤبد أدخل فيه شرط فاسد ، والشروط الفاسدة لا تبطل العقد ، وإنما يلغى الشرط الفاسد ويصحح العقد[2] .

وقال المالكية : العقد فاسد ، يجب فسخه قبل الدخول وبعده ، ولو ولدت الأولاد[3] .

---

(١) شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام : ١/ ١٧٣ .

(٢) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع : ٢/ ٢٧٨ ، حاشية ابن عابدين على الدر المختار : ٢/ ٣٣٢ .

(٣) المدونة : ٢/ ٩٨ ، البهجة شرح تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام : ١/ ٥٠٧ ، مواهب الجليل : ٣/ ٥١٢ .

وذلك لحديث عبد الله بن عمر[1] رضي الله عنهما ـ أن النبي ﷺ قال : «**لا شغار في الإسلام**» [2] والنهي يقتضي فساد المنهي عنه .

ولكن هل يفسخ نكاح الشغار بعد الوقوع بتفريق أو بطلاق؟ قولان ، والمشهور في المذهب المالكي أنه يفسخ بطلقة بائنة[3] ، ويثبت الميراث بين الزوجين مراعاة لقول أبي حنيفة[4] .

---

(١) عبد الله بن عمر : بن الخطاب القرشي العدوى ، أبو عبد الرحمن ، أسلم مع أبيه قبل بلوغه ، وهاجر قبل أبيه ، ولم يشهد بدرا لصغر سنه ، وقيل شهد أحدا ، وقيل لم يشهدها ، وشهد الخندق وما بعدها من المشاهد ، وكان حريصا على اتباع آثار النبي صلى الله عليه وسلم وهو أحد الستة المكثرين من الرواية ، توفي سنة ٧٣هـ بمكة ، يقال أنه كان أعلم الصحابة بمناسك الحج . انظر : الإصابة : ٢/ ٣٤٧ ، الاستيعاب : ٢/ ٣٤١ ، تذكرة الحفاظ : ١/ ٣٧ ، سير أعلام النبلاء : ٣/ ١٨١ ، شذرات الذهب : ١/ ٣٢٠ ، تهذيب التهذيب : ٥/ ٣٢٨

(٢) رواه الإمام أحمد في مسنده : ٢/ ٣٥ ، ومسلم في النكاح باب : تحريم الشغار وبطلانه .

(٣) مواهب الجليل : ٣/ ٥١٤ ، البهجة شرح التحفة : ١/ ٥٠٨ .

(٤) أبو حنيفة : النعمان بن ثابت التيمي بالولاء الكوفي الفقيه المجتهد أحد الأئمة الأربعة وصاحب المذهب المشهور ، قال الإمام الشافعي في شأنه : " الناس عيال في الفقه على أبي حنيفة " قيل : إنه أدرك أنس بن مالك ، فيكون تابعيا وقيل غير ذلك من شيوخه : حماد بن أبي سليمان وعطاء بن أبي رباح ونافع مولي ابن عمر ومن تلاميذه : أبو يوسف ومحمد بن الحسن ، وزفر . من تآليفه : المخارج في الفقه ، ومسند في الحديث ، وينسب إليه الفقه الأكبر ، ولد عام ٨٠هـ ، وتوفي عام ١٥٠هـ . انظر : وفيات الأعيان : ٥/ ٣٩ ، الإنتقاء : ص١٢١ ، تذكرة الحفاظ : ١/ ١٦٨ ، الأعلام : ١/ ٤ ، أبوحنيفة لأبي زهرة .

فالدليل: هو حديث النبي ﷺ : «لا شغار في الإسلام».

مدلول هذا الدليل: تحريم نكاح الشغار ، لأن النهي يقتضي الفساد.

لازم هذا المدلول: فسخ نكاح الشغار.

أعمل في نقيضه دليل آخر: هذا المدلول -الفسخ- أعمل مالك - رحمه الله- دليله -النهي عن الشغار- في نقيضه أي في نقيض فسخ النكاح، وأعمل دليل أبي حنيفة -رحمه الله- في لازم نقيض فسخ النكاح وهو عدم الفسخ ، ولازم هذا النقيض لزوم الطلاق ، وثبوت الميراث بين الزوجين.

فقد أعمل مالك - رحمه الله - دليل أبي حنيفة - رحمه الله - القائل بعدم فسخ نكاح الشغار في لازم مدلوله ، وهو لزوم الطلاق ، وثبوت الميراث.

الاعتراضات الواردة على تعريف ابن عرفة:

لم يسلم تعريف ابن عرفة من بعض الاعتراضات ، والتحفظات التي أوردها جماعة من العلماء[1] ، إلا أن أغلب هذه الاعتراضات متعلق بحقيقة مراعاة الخلاف باعتباره أصلا في المذهب المالكي مما يصلح أن يكون دليلا للنافين لمراعاة الخلاف[2] ، أما اعتراضاتهم على التعريف فيمكن

(١) وقد ذكر هذه الاعتراضات الإمام الرصاع في كتابه شرح حدود ابن عرفة : ١/ ٢٦٤ وما بعدها ، كما أن الونشريسي قد جمع المراسلات التي جرت بين العلماء وابن عرفة حول مراعاة الخلاف ، وأودعها كتابه العظيم المعيار المعرب : انظر : ٦/ ٣٧٨ وما بعدها.

(٢) سأذكرها مع أدلة النافين لمراعاة الخلاف.

تلخيصها فيما يلي :

الاعتراض الأول :

قوله : "إن لازم دليل المدلول قد استعمل في نقيضه دليل آخر " يؤدي إلى القول بإثبات الملزوم مع نفي لازمه ، وهو باطل ضرورة .

وقد أجاب ابن عرفة عن هذا الاعتراض بجوابين(١) :

الجواب الأول :

في بعض المسائل ليس كذلك ، ومنه هذه المسألة ، وبيانه :

أنه في هذه المسألة وأشباهها من باب نفي الملزوم -وهو صحة النكاح الملزوم للإرث- هذا في قول مالك بمقتضى دليل نفسه ، ولا يلزم من نفي الملزوم نفي لازمه .

ومن باب إثبات اللازم ، وهو رعي مالك دليل مخالفه في لازم مدلوله وهو الإرث ، ولا يلزم من إثبات اللازم إثبات الملزوم .

فالملزوم في هذه المسألة هو النكاح الصحيح ، وقد قال مالك بنفيه ، واستعمل دليله في ذلك ولا يلزم من نفي الملزوم نفي اللازم ، فاللازم هو الإرث ، والملزوم هو النكاح الصحيح .

واستعمل دليل المخالف في لازم المدلول وهو الإرث ، وذلك المدلول استعمل في نقيضه دليل آخر ، والمدلول الذي استعمل في نقيضه- ما ذكر-

---

(١) شرح حدود ابن عرفة ١/ ٢٦٥ ، المعيار المعرب : ٦/ ٣٧٨ .

وهو النكاح الصحيح ، الذي لازمه الإرث ، فلما راعى الإمام مالك -رحمه الله- دليل المخالف في لازم مدلوله ، وهو الإرث ، فإنه بذلك قد أثبت اللازم.

قال الرصَّاع: "ليس في إعمال دليل مراعاة الخلاف إثبات ملزوم من قول مالك بوجه ، وإنما فيه نفي ملزوم وإثبات لازم "[1] .

الجواب الثاني:

إثبات الملزوم مع نفي لازمه ، إنما هو باطل مطلقا في اللوازم العقلية ، أما الظنية الجعلية فلا ، فقد يكون هناك مانع يمنع من ثبوت اللازم مع وجود ملزومه فلا يثبت ، كموجبات الإرث فهي ملزومة له ، وقد ينتفي الإرث لمانع مع وجود ملزومه شرعا.

فالبنوة ملزومة للإرث شرعا ، وقد ينتفي الإرث بالكفر أو الرق مع وجود البنوة ، أو الأب القاتل لا يرث مع وجود سبب الإرث وهو الأبوة.

قال المعترض: قولكم: إثبات الملزوم مع نفي لازمه إنما هو باطل في اللوازم العقلية ، وأما في الظنية الجعلية فلا ، غير ظاهر ، فإن اللوازم العقلية قد لا توجد مع وجود الملزومات لمانع ، فقد يوجد النظر ، ولا يوجد العلم لطريان سهو أو قاطع غيره.

فلا يلزم في العقليات أيضا إذا وجد الملزوم أن يوجد لازمه ، ولا يكون

---

(١) شرح حدود ابن عرفة: ١/ ٢٦٦ .

إثبات الملزوم مع نفي لازمه في العقليات باطلا مطلقا[1] .

وقد رد ابن عرفة بما حاصله[2] :

أولاً: إن هذا الكلام لا يصح ممن له نظر وإنصاف ، ولو كان الأمر كما توهمه لبطل القياس الشرطي بنوعيه[3] ، وقد أجمع العلماء على إنتاج نوعه الأول ، والأكثر على نوعه الثاني وهو الاقتراني .

وكيف يفهم المعترض ما قرره علماء الكلام في قوله تعالى : ﴿**لَوْ كَانَ فِيهِمَا آلِهَةٌ إِلاَّ اللَّهُ لَفَسَدَتَا**[4]﴾[5] .

---

(١) منار أهل الفتوى : ص٣٠٥ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) القياس : عند المناطقة ، لفظ مركب من قضيتين فأكثر يلزم عنهما لذاتهما قول آخر وهو قسمان : قياس اقتراني : وهو الذي لم تذكر فيه النتيجة ولا نقيضها بالفعل ، كقولنا : كل جسم مؤلف ، وكل مؤلف حادث ، وسمي اقترانيا لاقتران حدوده وأجزائه من الاصغر والأكبر والوسط بلا استثناء ، وقياس استثنائي : وهو الذي ذكرت فيه النتيجة أو نقيضها بالفعل ، كقولنا في الأول ، إن كانت الشمس طالعة فالنهار موجود ، لكن النهار موجود فتنتج الشمس طالعة وفي الثاني لكن النهار ليس بموجود، فالشمس ليست بطالعة ، وسمي استثنائيا لاشتماله على أداة الاستثناء (لكن) . انظر : تفصيل ذلك في حاشية الباجوري على متن السلم : ص٦٠ ، وإيضاح المبهم من معاني السلم في المنطق للدمنهوري : ص١٢ .

(٤) الأنبياء / ٢٢ .

(٥) يشير ابن عرفة إلى برهان التمانع الذي استدل به المتكلمون على إبطال تعدد الآلهة وصورته أنه لو كان للعالم صانعان متماثلان في القدرة فلا يخلو إما أن تتفق إرادتهما وحينئذ فالفعل إن كان بإرادتيهما لزم اجتماع مؤثرين تامين على مؤثر واحد وهو محال لإمتناع إجتماع العلتين التامتين على معلول واحد، وإن كان =

ثانياً : استلزام النظر الصحيح للعلم أمر عادي لا عقلي ، وعليه لا مدخل لمسألته في اللازم العقلي بحال ، ومذهب الحكماء أنه عقلي ، وكلهم قيدوه بانتفاء الآفة ، فإن أراد المعترض أن النظر الصحيح يستلزم العلم بشرط تقييده بانتفاء الآفة ، لم يكف النظر المصحوب بآفة أو سهو أو قاطع ملزوما للعلم ، فالنقض به حينئذ وهم .

وإن أراد أن النظر الصحيح يستلزم العلم مطلقا ، لا يفيد انتفاء الآفة ، رد بأنه عناد وتعصب ، ومخالفة لجميع العلماء[1] .

الاعتراض الثاني :

يرد على رسم مراعاة الخلاف ، أنه إذا أعمل المجتهد دليلا في لازم مدلول ، فإن المجتهد الآخر قد أعمل دليلا في نقيض ذلك المدلول ، لأن الرسم صادق عليه ! .

وقد أجيب عن هذا الاعتراض : بأن سياق كلام ابن عرفة يدل على تقييد ذلك بمجتهد واحد ، والمثال الذي ذكره يثبت هذا .

الاعتراض الثالث :

لم يبين ابن عرفة نوع الدليل الذي يراعيه المجتهد من حيث القوة

= الفعل بإحدى الإراديتين دون الأخرى لزم ترجيح إحداهما بلا مرجح لإستوائهما في الصفة والموصوف بها ، وإما أن تختلف إرادتهما فيلزم التمانع ، ومعناه أن يمنع كل منهما الآخر من الفعل ، لأن الفرض أنهما مستويان في القدرة . انظر : التحرير والتنوير : ١٦/ ٤١ .

(١) شرح حدود ابن عرفة : ١/ ٢٦٨ ، منار أهل الفتوى : ص٣٠٨-٣٠٩ .

والرجحان ، كما أنه لم يذكر من الذي يراعي الخلاف؟ هل هو المجتهد أو المقلد.

التعريف الثاني: تعريف القباب:

عرف الإمام القباب مراعاة الخلاف بقوله: "إعطاء كل واحد من الدليلين حكمه"[1].

شرح التعريف:

الأدلة الشرعية نوعان:

دليل قوي يجزم الناظر بصحته ورجحانه على الأدلة الأخرى، وقطعيته على المدلول، وهذا يجب العمل به، ولا وجه لمراعاة الخلاف معه.

ودليل قوي-كذلك- يترجح على ما سواه، إلا أن هذا الرجحان لا ينقطع معه تردد النفس وتطلعها إلى مقتضى الدليل الآخر، وهنا تحسن مراعاة الخلاف.

فالمجتهد يعمل ابتداء بالدليل الذي غلب على ظنه أنه الراجح، فإذا وقع العقد أو أديت العبادة وفق الدليل الآخر لم يفسخ العقد، ولم تبطل العبادة لوقوعهما على مقتضى دليل له في النفس اعتبار، فهذا معنى قول القباب: إعطاء كل واحد من الدليلين حكمه.

---

(١) المعيار المعرب: ٦/ ٣٨٨.

قال القباب : " فيقول ابتداء بالدليل الذي يراه أرجح ، ثم إذا وقع العمل على مقتضى الدليل الآخر راعى ما لهذا الدليل من القوة التي لم يسقط اعتبارها في نظره جملة ، فهو توسط بين موجب الدليلين "[1] .

مناقشة تعريف القباب :

يؤخذ على تعريف القباب ما يلي :

١ ـ لم يحدد القباب في تعريفه نوع الدليل الذي يراعى من حيث القوة والرجحان .

٢ ـ لم يذكر أن الدليلين صفتهما التعارض ، بحيث لا يمكن الجمع بينهما إلا باعتبارين مختلفين ، أي ما قبل وقوع الفعل وبعده .

٣ ـ لم يذكر من يجوز له أن يعطي الدليل حكمه .

٤ ـ إن تعريف القباب كما يصدق على مراعاة الخلاف يصدق كذلك على القاعدة الأصولية : إعمال الدليلين أولى من إهمالهما ، كما هو معروف في باب التعارض والترجيح عند الأصوليين[2] ، فيجمع بين الدليلين المتعارضين إذا أمكن الجمع ، لأن الأصل في الدليل الإعمال ، وهذا لا علاقة له بحقيقة مراعاة الخلاف .

---

(١) المرجع السابق .

(٢) انظر : المحصول في علم الأصول للرازي : ٢/ ٥٠٦ ، المستصفى من علم الأصول لأبي حامد الغزالي : ٢/ ٣٩٥ ، جمع الجوامع ٢ : / ٣١٠ وما بعدها ، نهاية السول في شرح منهاج الوصول : ٣/ ١٩١ ، شرح تنقيح الفصول للقرافي : ص٤٢١ ، البحر المحيط في أصول الفقه للزركشي : ٨/ ١١٩ ، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول : ص٢٧٣ .

ومثاله:

حديث عبد الله بن عمرو بن العاص[1] : «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره أن يجهز جيشا فنفدت الإبل ، فأمره أن يأخذ في قلائص[2] الصدقة البعير بالبعيرين ، والشاة بالشاتين في إبل الصدقة»[3] .

وحديث سمرة[4] عن النبي ﷺ «أنه نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة»[5] .

---

(١) عبد الله بن عمرو بن العاص : السهمي القرشي ، أسلم قبل أبيه ، وكان من عباد الصحابة وعلمائهم وحفاظهم ، له سبعمائة حديث وقال أبو هريرة : إني أكثرهم حديثا إلا ما كان من عبد الله بن عمرو فإنه كان يكتب ولا أكتب . توفي سنة ٦٥هـ. انظر : الإصابة : ٢/ ٣٥١ ، أسد الغابة : ٣/ ٣٤٩-٣٥١ طبقات ابن سعد : ٢/ ٣٧٣ ، تهذيب التهذيب : ٥/ ٣٣٧ .

(٢) القلائص : جمع قلوص وهي الفتية من الإبل بمنزلة الجارية الفتاة من النساء، وتجمع على قلائص وقلص وقلاص . لسان العرب : ٧/ ٨١ .

(٣) أخرجه أبو داود في البيوع باب : في الرخصة في ذلك (رقم : ٣٣٥٧) .

(٤) سمرة : بن جندب بن هلال الفزاري صحابي ، يكنى أبا سليمان قال سمرة : كنت غلاما على عهد رسول الله ﷺ ، فكنت أحفظ عنه . ونزل البصرة ، وكان شديدا على الخوارج ، فكانوا يطعنون عليه ، روي عنه العطاردي والشعبي وابن أبي ليلى ، مات قبل سنة ستين ، قال ابن عبد البر : سقط في قدر مملوء ماء حارا فكان ذلك تصديقا لقول رسول الله ﷺ له ولأبي هريرة ولأبي محذورة : (آخركم موتا في النار . انظر : الاستيعاب : ٢/ ١٥٣ ، الإصابة : ٣/ ١٣٠ ، أسد الغابة : ٢/ ٤٥٤ .

(٥) أخرجه الدارمي في سننه : ٢/ ٢٥٤ ، الطحاوي في شرح معاني الآثار : ٤٠/ ٦٠ ، والطبراني في الكبير : ٦٨٤٧-٦٨٥١ ، البيهقي في السنن : ٥/ ٢٨٨ .

فهذان الحديثان ظاهرهما التعارض ، وقد أخذ كل مجتهد بحديث وأعمله ، وجمع بينهما الإمام مالك رحمه الله .

فالحديث الأول استدل به الشافعية على جواز التفاضل في الجنس الواحد مع النساء ، وقالوا يجوز بيع الشاة بشاتين نسيئة ونقدا ، وكذلك شاة بشاة[1] .

أما الحديث الثاني فقد استدل به الحنفية على منع بيع النساء عند اتفاق الصنف ، اتفقت المنافع أو اختلفت ، فلا يجوز عندهم شاة بشاة ولا بشاتين نسيئة وإن اختلفت منافعهما[2] .

أما الإمام مالك ، فلا يجوز عنده النساء فيما اتفقت منافعه مع التفاضل ، فلا يجوز شاة بشاتين إلى أجل ، إلا أن تكون إحداهما حلوبة ، والأخرى أكولة ، فإذا اختلفت المنافع جاز التفاضل والنساء وإن كان الصنف واحدا .

فجمع الإمام مالك بين الحديثين ، فحمل حديث عبد الله بن عمرو على اختلاف الاغراض والمنافع ، وحديث سمرة على اتفاقهما[3] .

مثال آخر :

قال النبي ﷺ «ألا أخبركم بخير الشهداء؟ الذي يأتي بشهادته قبل

---

(١) المجموع شرح المهذب : ١٠ / ٣٦٣ .
(٢) بدائع الصنائع : ٥/ ١٨٩ .
(٣) الاستذكار لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار : ٢٢٠/ ٩١ ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد : ٢/ ١٣٣ وما بعدها .

أن يسألها»[1] .

وعن عمران بن حصين[2] أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قال : «خير الناس قرني ، ثم الذين يلونهم ، ثم الذين يلونهم ، قال عمران : فلا أدري أقال بعد قرنه مرتين أو ثلاثا ، ثم يكون بعدهم قوم يشهدون ولا يستشهدون ، ويحلفون ولا يستحلفون»[3] .

فالحديث يذم الذين يؤدون الشهادة دون أن يطلب منهم ذلك ، وهذا يعارض الحديث الأول الذي يمدح الذين يأتون بشهادتهم قبل أن يسألوها .

فذهب بعض العلماء إلى أن الحديث الثاني ناسخ للأول ، وذهب جمهور العلماء إلى الجمع بينهما وقالوا : إن المراد بالحديث الأول ، أن من

---

(١) رواه مسلم في الأقضية ، باب : بيان خير الشهود (رقم : ١٧١٩) ، والإمام مالك في الموطأ في الأقضية باب : ما جاء في الشهداء أيهم خير (رقم : ٣) ، وأبو داود في الأقضية باب : في الشهادات (رقم : ٣٥٩٦) ، والترمذي في الأحكام باب : ما جاءفي الشهداء أيهم خير (رقم : ٢٢٩٦) .

(٢) عمران بن حصين : الخزاعي ، أبو نُجيد -مصغرا- أسلم أيام خيبر وشهد الغزوات وكان من علماء الصحابة وفقهائهم ، وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم مائة وثلثين حديثا ، وبعثه عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، ليفقه أهل البصرة ، ثم استقضاه زياد بها ثم استعفى فأعفاه ، قال ابن سيرين : لم يكن يقدم على عمران أحد من الصحابة ممن نزل البصرة ، وهو ممن اعتزل الفتنة وتوفي سنة ٥٢هـ .
انظر : طبقات ابن سعد : ٣/ ٢٠٨ ، الإصابة : ٧/ ١٥٥ ، أسد الغابة : ٤/ ٣٨١ .

(٣) رواه البخاري في الشهادات : باب لا يشهد على شهادة جور إذا شهد (رقم : ٢٥٠٧) ، ومسلم في الفضائل ، باب : فضل الصحابة ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم (رقم : ٢٥٣٢) .

عنده شهادة لإنسان بحق لا يعلم بها صاحبها فيأتي إليه فيخبره بها ، أويموت صاحبها العالم بها ويخلف ورثة ، فيأتي الشاهد إليهم أو إلى من يتحدث عنهم فيعلمهم بذلك .

قال ابن حجر[1] : "وهذا أحسن الأجوبة ، وبهذا أجاب يحيى بن سعيد[2] شيخ مالك ، وغيرهما"[3] .

وقيل الحديث الأول محمول على الشهادة في حقوق الله ، وحديث عمران على الشهادة في حقوق الآدميين[4] .

وهذا يخالف حقيقة مراعاة الخلاف ، لأنها ترجيح لأحد الدليلين بعد

---

(١) ابن حجر : شهاب الدين أبو الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، المصري الشافعي ، شيخ الإسلام وقاضي قضاة مصر ، هو أحد كبار الحفاظ والمحدثين ، رحل إلى الشام والحجاز واليمن طلبا للعلم أخذ عن كبار علماء الحديث في عصره منهم الحافظ العراقي ، وله مصنفات نافعة منها : فتح الباري في شرح صحيح البخاري ، وتلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير ، والإصابة في تمييز الصحابة ، ولد سنة ٧٧٣هـ وتوفي سنة ٨٥٢هـ . انظر : طبقات الحفاظ للسيوطي : ص٥٤٧ ، الضوء اللامع : ٢/ ٣٦ ، البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع للشوكاني : ١/ ٨٧ .

(٢) يحيى بن سعيد : بن قيس الأنصاري المدني ، أبو سعيد ، من أكابر أهل المدينة وفقهائها استقضاه أبو جعفر المنصور فارتفع شأنه ، أخذ عنه الإمام مالك وانتفع به ، مات بالهاشمية بالعراق سنة ١٤٣هـ . انظر : سير أعلام النبلاء : ٥/ ١٢٢ ، الأعلام : ٩/ ١٨١ .

(٣) فتح الباري : ٥/ ٢٥٩ .

(٤) انظر : شرح النووي لصحيح مسلم كتاب الأقضية باب : بيان خير الشهود .

وقوع الحادثة لتعذر الجمع بينهما ، لتعارضهما من كل الوجوه ، فإضافة لفظ الترجيح ، أو الرجحان ضروري لدفع هذا الاشتباه .

التعريف الثالث : تعريف ابن عبد السلام[1]

عرف ابن عبد السلام مراعاة الخلاف ، بقوله : " إعطاء كل واحد من دليلي القولين حكمه مع وجود التعارض "[2] .

مناقشة التعريف :

تعريف ابن عبد السلام يشبه تعريف الإمام القباب مع إضافة قيد التعارض بين الدليلين ليخرج من الإطلاق الذي وقع فيه القباب ، غير أنه وقع في إشكال آخر ، وهو إطلاق الجمع بين الدليلين المتعارضين ، وهو ممتنع عقلا ، إذا لم يقيد بإختلاف المتعلق وإتحاد المحل .

فيعمل المجتهد دليله الراجح قبل وقوع الحادثة ، ثم يترجح لديه دليل المخالف بعد الوقوع .

وباقي الاعتراضات على تعريف القباب ترد على تعريف ابن عبد السلام .

---

(١) ابن عبد السلام : محمد بن عبد السلام بن يوسف الهواري التونسي المالكي ، أبو عبد الله ، قاضي الجماعة بتونس ، ولد عام ٦٧٦هـ ، إمام حافظ محدث : قيل إنه بلغ درجة مجتهد الفتوى ، له شرح مختصر ابن الحاجب المسمى : تنبيه الطالب لفهم ألفاظ جامع الأمهات لابن الحاجب توفي عام ٧٤٩هـ. انظر : الديباج : ص٣٣٦-٣٣٧ ، نيل الابتهاج : ص٢٤٢ ، شجرة النور : ص٢١٠ .

(٢) شرح حدود ابن عرفة : ١/ ٢٦٩ .

التعريف الرابع : تعريف الرصاع .

عرف الرَصَّاع مراعاة الخلاف بقوله : "رجحان دليل المخالف عند المجتهد على دليله في لازم قوله المخالف "[1] .

شرح التعريف :

رجحان : الرجحان غير الترجيح ، فالترجيح فعل المرجح الناظر في الدليل ، وهو تقديم أحد الطريقين الصالحين للإفضاء إلى معرفة الحكم لاختصاص ذلك الطريق بقوة في الدلالة .

كما إذا تعارض الكتاب والإجماع في حكم ، أو العام والخاص ، فكل واحد منهما يصلح لأن يعرف به الحكم ، لكن الإجماع اختص بقوة على الكتاب من حيث الدلالة وكذا الخاص على العام .

أما الرجحان فصفة قائمة بالدليل ، وهو كون الظن المستفاد منه أقوى من غيره ، كالمستفاد من قياس العلة بالنسبة إلى قياس الشبه ، ومن الخاص بالنسبة إلى العام ، فالترجيح فعل المرجح ، والرجحان صفة الدليل .

ويظهر الفرق عند تصريف اللفظ ، فتقول رجحت الدليل ترجيحا فأنا مرجح ، والدليل مرجَح بفتح الجيم ، وتقول : رجح الدليل رجحانا فهو راجح[2] .

---

(١) المرجع السابق : ١/ ٢٦٦ .

(٢) انظر : الفرق بين الترجيح والرجحان : نزهة الخاطر شرح روضة الناظر : ٢/ ٤٥٧ ، كشف الأسرار من أصول فخر الإسلام للبزدوي : ٤/ ٧٧ ، شرح الكوكب المنير : ٤/ ٤٣١ ، معجم مقاييس اللغة ٢/ ٤٨٩ .

ففي مثال نكاح الشغار دليل أبي حنيفة هو الراجح ، فراعاه الإمام مالك في لازم مدلوله أو في بعض ما يقتضيه ، وهو لزوم الطلاق ، وثبوت الإرث بين الزوجين .

التعريف الخامس : تعريف محمد صالح الهسكوري[1] .

فقد عرف مراعاة الخلاف بقوله : " الأخذ بأقوى الدليلين معا من بعض الوجوه "[2].

شرح التعريف :

قوله : "**من بعض الوجوه**" قيد أراد به ما يلي :

١ـ أن الجمع بين الدليلين يكون باعتبارين ، أو عند اختلاف المحل ، واتحاد المتعلق ، وهذا يدفع ما قد يتوهم من امتناع الجمع بين الدليلين المتعارضين .

٢ـ لإخراج الاستحسان ، الذي عرفه الهسكوري بقوله : " الأخذ بأقوى الدليلين " .

---

(١) صالح الهسكوري : الفاسي أبو محمد ، كان شيخ المغرب علما وعملا ، وبيتهم بيت صلاح ، أخذ عنه أبو الفضل راشد الوليدي ، وغيره كثير له تقييد على الرسالة توفي سنة ٦٥٣هـ ودفن بفاس . انظر : الديباج : ص١٢٩ ، شجرة النور : ص ١٨٥ ، الفكر السامي : ٢/ ٢٧٢ .

(٢) الفكر السامي : ١/ ٤٥٥ .

التعريف المناسب :

بعد استعراض أهم التعاريف ، يظهر لي أن أقربها إلى حقيقة مراعاة الخلاف تعريف ابن عرفة ، وتعريف الرصاع ، وتعريف الهسكوري ، وذلك لاشتمالها على أهم ما يميز مراعاة الخلاف .

وبالتالي يمكننا تعريف مراعاة الخلاف بعد الوقوع بقولنا : " ترجيح المجتهد دليل المخالف بعد وقوع الحادثة ، وإعطاؤه ما يقتضيه أو بعض ما يقتضيه " .

وقولنا ما يقتضيه الدليل ، بمعنى أن المجتهد قد يعمل دليل المخالف ويرتب عليه جميع آثاره ، فمثلا عقد النكاح بدون ولي باطل عند الإمام مالك - رحمه الله - يفسخ قبل الدخول ، فإذا وقع الدخول راعى قول أبي حنيفة ودليله في عدم اشتراط الولي في عقد النكاح .

ويصحح ذلك العقد لمسوغات ومرجحات سأذكرها عند الحديث عن أدلة مراعاة الخلاف ، فقد أعطى الإمام مالك دليل المخالف كل ما يقتضيه ورتب عليه آثاره .

أما في نكاح الشغار فقد أعطى لدليل أبي حنيفة - رحمه الله- بعض ما يقتضيه ، فلم يصحح العقد بل قال بفسخه ولكن بطلاق وأثبت الميراث بين الزوجين ، وهما من نتائج العقد الصحيح ولو راعاه من كل الوجوه أو أعطاه كل ما يقتضيه لصحح العقد ولم يأمر بفسخه والله أعلم .

المطلب الثالث

تعريف مراعاة الخلاف قبل الوقوع أو الخروج من الخلاف

مراعاة الخلاف قبل الوقوع هي : الجمع بين دليلين بوجه من وجوه الجمع ، والعمل بمقتضى كل واحد منهما فعلا أو تركا احتياطا وورعا .

فمن يعتقد جواز الشيء يترك فعله إن كان غيره يعتقده حراما ، وكذلك في جانب الوجوب ، يستحب لمن رأى إباحة الشيء أن يفعله إن كان من الأئمة من يرى وجوبه ، كمن يعتقد عدم وجوب الوتر يستحب له المحافظة على عدم تركه خروجا من خلاف من أوجبه .

وبين القرافي[1] الخروج من الخلاف بقوله : " فإن اختلف العلماء في فعل هل هو مباح أو حرام؟ فالورع الترك ، أو هو مباح أو واجب، فالورع الفعل مع اعتقاد الوجوب حتى يجزئ عن الواجب على المذهب .

وإن اختلفوا فيه ، هل هو مندوب أو حرام؟ فالورع الترك ، أو مكروه أو واجب، فالورع الفعل ، حذرا من العقاب في ترك الواجب ، وفعل المكروه لا يضره .

وإن اختلفوا ، هل هو مشروع أو لا؟ فالورع الفعل "[2] .

---

(١) القرافي : أحمد بن أبي العلاء شهاب الدين القرافي الصنهاجي ، الأصولي الفقيه ، أخذ عن ابن الحاجب ، والعز بن عبد السلام ، والفاكهاني ، له تأليف نفيسة منها : الفروق في القواعد الفقهية ، وشرح التنقيح ، الذخيرة في الفقه ، النفائس شرح المحصول ، توفي سنة ٦٨٤هـ . انظر : الديباج : ص٢٣٦ ، شجرة النور : ص١٨٨ ، الفكر السامي : ٢/ ٢٧٣ .

(٢) الفروق : ٤/ ٢١٠ .

فمراعاة الخلاف قبل الوقوع أو الخروج من الخلاف هو الجمع بين أدلة المختلفين ، والعمل بمقتضى كل دليل ، فلا يبقى في النفوس توهم أنه قد أهمل دليلا لعل مقتضاه هو الصحيح فبالجمع ينتفي ذلك .

والخروج من الخلاف قد يكون بمراعاة شرط أو ركن فلا يرفع الخلاف وإنما يقلله ، كقراءة البسملة في الصلاة، ورفع اليدين ، وقد يرفع الخلاف كمسح جميع الرأس في الوضوء لمن فرضه مسح الربع، وقراءة المأموم الفاتحة في الصلاة لمن يرى أن قراءتها غير واجبة خلف الإمام .

وذهب ابن فرحون[١] إلى أن مراعاة الخلاف قبل الوقوع : هي عمل بدليل ثالث عند تعارض الدليلين .

فقال : " إذا تعارض دليلان في قاعدة ، -احتياطا- عرض حينئذ دليل ثالث يؤخذ من قواعد الشريعة يقتضي إيجاب طلب السلامة واتقاء الشبهة ، والتخلص من الإشكال "[٢] .

---

(١) ابن فرحون : إبراهيم بن علي بن فرحون ، برهان الدين الجياني الأصل ، المدني المولد والدار ، قاضيها وعالمهما أخذ من كبار أهل عصره منهم : محمد الوادي آشي، وابن عرفة، وخليل بن إسحاق صاحب المختصر . وخلف ابن فرحون مؤلفات كثيرة منها : تبصرة الحكام ، الديباج المذهب ، درة الغواص في محاضرة الخواص ، كشف النقاب الحاجب من مصطلح ابن الحاجب ، توفي سنة ٧٩٩هـ انظر : توشيح الديباج : ص٤٥ ، نيل الابتهاج : ص٣٠ ، شجرة النور : ص٢٢٢

(٢) كشف النقاب الحاجب : ص١٦٨ .

ومثل لذلك بقوله: "مثال ذلك أن يترجح دليل الإباحة عنده، ومذهب غيره التحريم، فإذا توسط الأمر قال بالكراهة، كما توسطوا في المشهور في الماء المستعمل بأنه مكروه للخلاف توسطا بين القول بنجاسته وبين القول بأنه طاهر غير مطهر[1].

وذلك كاختلاف العلماء في البسملة في صلاة الفريضة، فالإمام مالك قال بالكراهة في صلاة الفريضة[2] وقال الإمام الشافعي[3] بأن البسملة واجبة.

فقال علماء المالكية: تستحب البسملة في الصلاة مراعاة لخلاف الشافعية، من باب الورع والاحتياط.

وسيأتي تفصيل هذه المسألة وغيرها من مسائل الخروج من الخلاف في الباب التطبيقي.

---

(١) المرجع السابق.

(٢) مواهب الجليل ١/ ٥٤٤، والتاج والإكليل على هامش مواهب الجليل ١٠/ ٥٤٤.

(٣) الشافعي: محمد بن إدريس بن عباس بن عثمان بن شافع الهاشمي القرشي المطلبي أحد الأئمة الأربعة، وصاحب المذهب المعروف، كان بحرا في العلم وآية في الذكاء وهو أول من دون علم الأصول ورتب مسائله في كتابه الرسالة. ولد سنة ١٥٠هـ بغزة أو عسقلان، ونشأ بمكة ولازم الإمام مالك بالمدينة وأخذ عنه الموطأ وقدم بغداد. ، ثم استقر بمصر حيث توفي رحمه الله سنة ٢٠٤هـ. انظر: تذكرة الحفاظ: ١/ ٣٦١، طبقات الشافعية السبكي: ١/ ١٠٠، شذرات الذهب: ٢/ ٩، تاريخ بغداد: ٢/ ٥٦ الأعلام: ٦/ ٢٤٩.

الفصل الثاني

أصول المذهب المالكي ومراعاة الخلاف

المبحث الأول

أصول المذهب المالكي

المبحث الثاني

منزلة مراعاة الخلاف بين أصول المذهب المالكي

المبحث الثالث

أمثلة من فتاوى الإمام مالك أشار فيها إلى مراعاة الخلاف

المبحث الأول

أصول المذهب المالكي

لم يصرح الإمام مالك بالأصول والقواعد التي اعتمدها في اجتهاده ، ولم يدونها[1] ، وإن كان يشير إلى بعض الأصول إجمالا كعمل أهل المدينة، والقياس ، كقياسه زوجة المفقود -إذا عاد إليها بعد أن تزوجت- على من طلقها زوجها طلاقا رجعيا وراجعها وعلمت بالطلاق ولم تعلم بالرجعة فتزوجت على هذا الحال المعماة عليها[2] .

وكان يأخذ بأقوال الصحابة ، ويعمل بالحديث المرسل ، وغير ذلك .

وليتسنى للمالكية بعد عصر الإمام مالك الاجتهاد في المسائل المستجدة، واستنباط الأحكام التي تناسبها وفق أصول إمامهم كان لابد من معرفة هذه الأصول أولا .

فقام علماء المالكية باستقراء شامل لفتاوى الإمام مالك وأقواله في كتابه

---

(١) اعتبر ابن العربي أن الإمام مالك قصد بكتابه الموطأ توضيح منهجه الاجتهادي ، وتبيين أصوله ، فقال : " هذا أول كتاب ألف في شرائع الإسلام -أي الموطأ- وهو آخره ، لأنه لم يؤلف مثله ، إذ بناه مالك رضي الله عنه على تمهيد الأصول للفروع ونبه على معظم أصول الفقه التي ترجع إليها مسائله وفروعه وسترى ذلك -إن شاء الله - عيانا ، وتحيط به يقينا عند التنبيه عليه في موضعه . انظر : القبس شرح الموطأ لابن العربي : ١/ ٧٥ .

(٢) المدونة : ٢/ ١٤٣ .

الموطأ[1] ومما جمعه أصحاب الدواوين الكبرى كالمدونة[2] والواضحة[3]

---

(١) الموطأ: أول كتاب ألف في الحديث والفقه، جمع فيه الإمام مالك أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم، وأقوال الصحابة، وفتاوى التابعين، واجتهاداتهم، وبوبه على أبواب الفقه، فأحسن ترتيبه، وكان تأليفه بطلب من أبي جعفر المنصور الذي قال للإمام مالك: " ضع للناس كتابا في السنة والفقه، تجنب فيه رخص ابن عباس، وتشديدات ابن عمر، وشواذ ابن مسعود ووطئة موطئا " قال مالك: " فعلمني كيفية التأليف " وقد أقام مالك في تأليفه وتهذيبه نحو أربعين سنة، وقال إنه واطأه عليه سبعون عالما من علماء المدينة. انظر: طبقات الحفاظ: ١/ ١٩٨، كشف المغطى عن رجال الموطأ لابن عساكر: ص٥٤، مقدمة إسعاف المبطأ برجال الموطأ للسيوطي، تزيين الممالك بمناقب الإمام مالك للسيوطي: ص٤٣، شرح الزرقاني على الموطأ: ١/ ٨، التقصي لحديث الموطأ: ص٢٤٤، الديباج المذهب لابن فرحون: ص٢٦، شجرة النور: ص٥٣ .

(٢) المدونة الكبرى: أصل المذهب المالكي وعمدته، قال سحنون: " إنما المدونة من العلم بمنزلة أم القرآن من القرآن تجزئ في الصلاة عن غيرها ولا تجزئ غيرها عنها " وأصل المدونة أسئلة أوردها أسد بن الفرات على عبد الرحمن بن القاسم بعد وفاة الإمام مالك، وجمعها في كتاب سماه الأسدية، ولما رحل سحنون إلى ابن القاسم سمعها منه، وأصلح أشياء كثيرة في الأسدية رجع عنها ابن القاسم، وقد رتبها سحنون وبوبها ودون فيها مسائل وفتاوى الإمام مالك، فعرفت بالمدونة. انظر: الحلل السندسية في الأخبار التونسية: ١/ ٢٨٤، مواهب الجليل: ١/ ٣٣-٣٤، شجرة النور ص٦٩، الفكر السامي ٢/ ١١٧ .

(٣) الواضحة في الفقه والسنن: لعبد الملك بن حبيب بن سليمان، الفقيه الأديب سمع من أصحاب مالك، توفي سنة ٢٣٨هـ والواضحة من الكتب الجامعة في المذهب، إلا أن فيها أحاديث ضعيفة وبعض الفتاوى المرجوع عنها. انظر: بغية الملتمس: ص٣٧٧، شجرة النور: ص٧٤، الفكر السامي: ٢/ ١١٦ .

والعتبية[1] على لسان مالك بواسطة أصحابه ابن القاسم[2] وابن وهب وابن الماجشون[3] وغيرهم.

وبعد جهود مضنية قام بها فحول العلماء بدأت تتضح معالم المنهج الذي خطه مالك لنفسه، وأدرك المالكية أصول وقواعد الاجتهاد عند إمامهم، فدونوها، وشرحوها وخرجوا الفروع عليها.

---

(١) العتبية: أو المستخرجة، لمحمد بن أحمد بن عبد العزيز بن عتبة، سمع من يحي بن يحي، وسحنون، والمستخرجة من أمهات الكتب المعتمدة في المذهب، قال ابن حزم: " لها عند أهل إفريقية القدر العالي، والطيران الحثيث". وقد أقبل عليها الناس تعلما وتعليما وهجروا الواضحة، جمعها وشرحها وعلق عليها ابن رشد الجد في كتابه العظيم البيان والتحصيل. انظر: جذوة المقتبس ص٣٦ - ٣٧، الديباج المذهب ص٢٣٨، شجرة النور: ص٧٥.
والأمهات أو الكتب المرجعية في المذهب المالكي هي: المدونة، والواضحة، والمستخرجة، والمبسوطة للقاضي إسماعيل، والموازية لمحمد بن المواز، والمجموعة لمحمد بن عبدوس. انظر: دليل السالك إلى مصطلحات الإمام مالك لحمدي عبد المنعم شلبي: ص٢٧.

(٢) ابن القاسم: عبد الرحمن بن القاسم بن خالد العتقي المصري، أبو عبد الله تلميذ مالك وأثبتُ الناس فيه وأعلمهم بأقواله، صحب الإمام مالك عشرين عاما. أخذ عنه أسد بن الفرات وسحنون، ولد سنة ١٣٣هـ ومات بمصر سنة ١٩١هـ. انظر: الانتقاء في فضائل الثلاثة الأئمة الفقهاء: ص٥، ترتيب المدارك: ٣/ ٢٤٤، وفيات الأعيان: ١/ ٣١١، شجرة النور: ص٨٥، الفكر السامي: ١/ ٤٧٧.

(٣) ابن الماجشون: عبد الملك بن عبد العزيز بن عبد الله بن الماجشون المدني، تفقه بأبيه ومالك والليث، كان فقيها فصيحا وكان مفتي المدينة، أخذ عنه ابن حبيب وسحنون توفي عام ٢١٢هـ. انظر: ترتيب المدارك: ٣/ ١٣٦، شجرة النور: ص ٥٦، الانتقاء: ص ٥٧، سير أعلام النبلاء: ١٠/ ٣٥٩.

والأصول التي اعتمدها الإمام مالك نوعان : أصول عامة يشترك فيها مع سائر المجتهدين ، وأصول خاصة .

فالأصول العامة هي : الكتاب والسنة والإجماع والقياس والاستصحاب والاستحسان وقول الصحابي والاستقراء .

أما الأصول الخاصة فهي : عمل أهل المدينة والمصالح المرسلة وسد الذرائع والعرف والعادات ومراعاة الخلاف .

ولم يسلم القرافي باختصاص المالكية بالمصالح المرسلة ، وسد الذرائع والعرف دون غيرهم فقال : "ينقل عن مذهبنا أن من خواصه اعتبار العوائد والمصلحة المرسلة وسد الذرائع وليس كذلك ، أما العرف فمشترك بين المذاهب ، ومن استقرأها وجدهم يصرحون بذلك فيها ، وأما المصلحة المرسلة فغيرنا يصرح بإنكارها ولكنهم عند التفريع تجدهم يعللون بمطلق المصلحة ، ولا يطالبون أنفسهم عند الفروق والجوامع بإبداء الشاهد لها بالاعتبار بل يعتمدون على مجرد المناسبة ، وهذه هي المصلحة المرسلة ، وأما الذرائع فمنها ما هو مجمع عليه ، ومنها ما هو مختلف فيه "[1] .

وانفراد الإمام مالك بهذه الأصول واقع لا يستطيع أن ينكره أحد ، ودليله هذا الكم الهائل من الفروع الفقهية المبنية على هذه الأصول ، وغيره من المجتهدين قد يأخذ بها لكن دون أن يعتبرها أصلا مطردا في جميع المواضع .

---

(١) شرح تنقيح الفصول للقرافي : ص ٤٠٤ .

ومنهج الإمام مالك في الاستنباط يتمثل في تقديم كتاب الله عز وجل على ترتيب أدلته في الوضوح من تقديم نصوصه ثم ظواهره ومفهوماته .

ثم كذلك السنة على ترتيب متواترها ومشهورها وآحادها ، ثم ترتيب نصوصها وظواهرها ومفهوماتها .

ثم الإجماع عند عدم الكتاب ومتواتر السنة .

وعند عدم هذه الأصول كلها القياس عليها والاستنباط منها ، إذ كتاب الله مقطوع به ، وكذلك متواتر السنة .

وكذلك النص مقطوع به ، فوجب تقديم ذلك كله ، ثم الظواهر ثم المفهوم لدخول الاحتمال في معناه .

ثم أخبار الآحاد عند عدم الكتاب والمتواتر منها ، وهي مقدمة على القياس لإجماع الصحابة على الفصلين وتركهم نظر أنفسهم متى بلغهم خبر الثقة عن النبي صلى الله عليه وسلم وامتثالهم مقتضاه دون خلاف منهم في ذلك .

ثم القياس أخيرا إذ إنما يلجأ إليه عند عدم هذه الأصول في النازلة ، فيستنبط من دليلها ، ويعتبر الأشباه منها على ما مضى عليه عمل الصحابة ومن بعدهم من السلف .

وأنت إذا نظرت لأول وهلة منازع هؤلاء الأئمة ومآخذهم في الفقه واجتهادهم في الشرع وجدت مالكا رحمه الله ناهجا في هذه الأصول مناهجها ، مرتبا لها مراتبها ومدارجها ، مقدما كتاب الله عز وجل على

الآثار ، ثم مقدما لها على القياس والاعتبار ، تاركا منها ما لم يتحمله الثقات العارفون بما تحملوه ، أو ما وجد الجمهور والجم الغفير من أهل المدينة قد عملوا بغيره وخالفوه.

ثم كان من وقوفه على المشكلات وتحريه عن الكلام في المعوصات ، ما سلك به سبيل السلف الصالح ، وكان يرجح الاتباع ويكره الابتداع ، والخروج عن سنن الماضين[1] .

هذا وقد اختلف المالكية في إحصاء هذه الأصول بين متوسع[2] ومضيق

---

(١) انظر : ترتيب المدارك : ١/ ٨٧ ما بعدها.

(٢) انظر : أصول المذهب المالكي في المراجع التالية : ترتيب المدارك : ١/ ٨٧ ، الإشارة إلى معرفة الأصول والوجازة في معنى الدليل للباجي : ص٢٢-٢٣ ، المحصول من علم الأصول لابن العربي : ٣/ ٢٨٥ ، الموافقات للشاطبي : ٣/ ٢١-٢٢ ، شرح تنقيح الفصول للقرافي : ص٤٤٥ ، تقريب الوصول لابن جوزي : ص١١٣ ، منار السالك إلى أصول مذهب مالك لأحمد الرجراجي : ص١٥ ، البهجة شرح التحفة للتسولي : ١/ ٢٠ ، فتح الودود على مراقي السعود لعبد الله الشنقيطي : ص٣٥٠ ، مرتقى الوصول إلى علم الأصول لابن عاصم : ص١٩٣ ، وشرحه بلوغ السول وحصول المأمول على مرتقى الوصول لمحمد الولاتي : ص١٩٣ ، الإمام مالك لأبي زهرة : ص٣٥٨ ، الأصول التي انفرد بها الإمام مالك للرقلام : ص٧٥ ، الجواهر الثمينة في أدلة عالم المدينة : ص٣٥ ، الفكر السامي : ١/ ٤٥٣ ، مقدمة في أصول الفقه لابن القصار : ص٨-٩ ، المدخل إلى أصول الفقه المالكي لمحمد المختار ولد باه ، شرح الحطاب على الورقات : ص٢٥ ، نظم أصول الإمام مالك لأحمد بن أبي كف وشرحها المسمى إيصال السالك في أصول الإمام مالك لمحمد بن الطالب ، حاشية محمد الطالب بن حمدون على شرح الميارة على المرشد المعين : ١/ ١٦ ، المنهج إلى المنهج إلى أصول المذهب المبرج للشيخ محمد أمين الشنقيطي.

فاقتصر القاضي عياض[1] على أربعة هي: الكتاب والسنة، وعمل أهل المدينة، والقياس[2].

أما الباجي فقد اعتبر أن أدلة الشرع ثلاثة أضرب: أصل، ومعقول أصل، واستصحاب حال، فأما الأصل، فهو الكتاب والسنة وإجماع الأمة، أما معقول الأصل فهو لحن الخطاب وفحوى الخطاب، والحصر، ومعنى الخطاب، وهو القياس[3].

وعدها الشيخ محمد الطالب بن حمدون[4] في حاشيته على شرح الميارة سبعة عشر دليلا فقال: "الأدلة التي بنى عليها الإمام مالك مذهبه سبعة عشر:

---

(١) القاضي عياض: بن موسى بن عياض اليحصبي، أبو الفضل، سبتي الدار والميلاد أخذ عن ابن رشد، وابن الحاج، وابن عتاب، وأجازه المازري، والطرطوشي، وابن العربي، وعنه ابن عطية، وابن زرقون، من مصنفاته: التنبيهات المستنبطة على المدونة، جمع فيه غرائب من ضبط الألفاظ وتحرير المسائل، إكمال المعلم في شرح مسلم، والشفاء، وغير ذلك، ولد سنة ٤٧٦هـ وتوفي سنة ٥٤٤هـ. انظر: الديباج ص١٦٨-١٧٢، شجرة النور: ص١٤٠-١٤١ الفكر السامي: ٢/ ٢٢٣-٢٢٤.

(٢) ترتيب المدارك: ١/ ٨٧.

(٣) الإشارة إلى معرفة الأصول والوجازة في معنى الدليل: ٢٢-٢٣.

(٤) محمد الطالب بن حمدون: بن الحاج، أبو عبد الله العلامة المحقق، نشأ في صيانة وعفاف، وتولى قضاء الجماعة بمراكش ثم بفاس، أخذ عن أبيه وأخيه، وعنه جماعة، له تآليف منها: الأزهار الطيبة، والنشر على المبادئ العشر، وحاشية علي شرح الميارة على المرشد المعين له ثبت، توفي في ذي الحجة سنة ١٢٧٣هـ. انظر: شجرة النور: ص٤٠١، الفكر السامي: ٢/ ٣٥٩.

نص الكتاب وظاهره، أعني العموم ، ودليله، أعني مفهوم المخالفة، ومفهومه، أعني المفهوم بالأولى، وتنبيهه، أعني التنبيه بالعلة، مثل قوله تعالى: ﴿فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا﴾[1] .

ومن السنة أيضا مثل هذه الخمسة ، والحادي عشر الإجماع ، والثاني عشر القياس ، والثالث عشر عمل أهل المدينة ، والرابع عشر قول الصحابي، والخامس عشر الاستحسان ، والسادس عشر الحكم بالذرائع أي بسدها والسابع عشر الاستصحاب ، أما مراعاة الخلاف فتارة وتارة[2] .

وقريب من هذا ما نقله التسولي[3] في شرح البهجة[4] .

ويلاحظ أن ابن حمدون اعتبر نص الكتاب وظاهره ودليله وتنبيهه أصولا مستقلة وهي في الواقع تابعة لأصل واحد هو القرآن ، وكذلك الأمر بالنسبة للسنة .

فيكون عدد الأدلة عشرة ، كما أنه أغفل ذكر أدلة أخرى كالمصلحة

---

(١) الأنعام/ ١٤٥ .

(٢) حاشية ابن حمدون: ١/ ١٦ .

(٣) التسولي: علي بن عبد السلام التسولي الفاسي أبو الحسن القاضي ، الفقيه ، المتفنن العلامة أخذ عن الشيخ محمد بن إبراهيم ، والشيخ بن الحاج وغيرهما . له تآليف شاهدة له بطول الباع وسعة الاطلاع منها: شرحه على التحفة ، وحاشية على الشيخ التاودي على لامية الزقاق ، توفي سنة ١٢٥٨هـ. انظر: شجرة النور: ص٣٩٧ ، الفكر السامي: ٢/ ٣٥٦ .

(٤) البهجة شرح التحفة: ١/ ٢٠ .

المرسلة والعرف والعادة.

أما القرافي فقد اعتبر أن أصول الإمام مالك أربعة عشر وهي:

الكتاب والسنة والإجماع وعمل أهل المدينة والقياس وقول الصحابي والمصلحة المرسلة والاستصحاب، والبراءة الأصلية والعوائد والعرف والاستقراء وسد الذرائع والاستدلال والاستحسان[1].

وقد اعتبر الشيخ أبو زهرة[2] هذا الاحصاء هو الأدق فقال: أدق إحصاء لأصول المذهب المالكي هو ما ذكره القرافي في كتابه تنقيح الفصول[3].

وقد زاد القاضي عبد الوهاب[4] أصلا آخر، هوشرع من قبلنا وقال:

---

(١) شرح التنقيح للقرافي: ص٤٤٥.

(٢) أبو زهرة: محمد بن أحمد أبو زهرة الفقيه الأصولي المحقق المؤرخ الحنفي ولد بمدينة المحلة الكبرى سنة ١٣١٦هـ درس بمعهد طنطا، والتحق بمعهد القضاء، ثم حصل على دبلوم دار العلوم سنة ١٣٤٦هـ، واشتغل بالتدريس، وكان ذكيا حافظا، ترك حوالي خمسين مصنفا، وله مقالات ومحاضرات وفتاوى، توفي سنة ١٣٩٥هـ ودفن بمسقط رأسه بالمحلة الكبرى- رحمه الله. انظر: تشنيف الأسماع بشيوخ الإجازة والسماع لمحمود سعيد بن ممدوح: ص٤٦١.

(٣) الإمام مالك: ص٢٥٧.

(٤) عبد الوهاب: بن علي بن نصر التغلبي البغدادي، أبو محمد القاضي، أخذ عن أبي بكر الأبهري، وكبار أصحابه، كابن القصار، وابن الجلاب، والباقلاني، وروي عنه جماعة منهم عبد الحق بن هارون، وأبو بكر الخطيب، تولى القضاء ببغداد وغيرها من مدن العراق، افتقر فخرج إلى مصر، وتولى بها القضاء له تآليف هامة، أشهرها، التلقين، والمعونة على مذهب عالم المدينة، الإشراف على مسائل الخلاف. انظر: ترتيب المدارك ٤١/ ٦٩١، الديباج: ١٥٩-١٦٠، شجرة النور: ص١٠٣-١٠٤.

" ومذهب المالكية أن جميع شرائع الأمم شرع لنا إلا ما نسخ ولا فرق بين موسى عليه السلام وغيره "[(١)] .

وقد صحح ذلك ابن العربي[(٢)] في كتابه أحكام القرآن[(٣)] .

وذكر السبكي[(٤)] في طبقاته أن أصول مذهب مالك تزيد على

(١) نفائس الأصول في شرح المحصول للقرافي : ٢/ ١٧٩٠ .

(٢) ابن العربي : محمد بن عبد الله بن محمد بن عبيد الله ، المعروف بابن العربي المعافري الأندلسي الإشبيلي القاضي أبو بكر ، رحل على المشرق ودخل الشام ولقى أبا بكر الطرطوشي وصحب ببغداد أبا بكر الشاشي ، وأبا حامد الغزالي ، وغيرهما ، ورحل إلى الحجاز ومصر ثم عاد إلى الأندلس بعلم كثير ، تولى القضاء بإشبيلية ، ثم صرف عن القضاء ، وله تآليف منها : ترتيب المسالك شرح موطأ مالك اختصره في كتاب القبس شرح الموطأ ، وأحكام القرآن ، وعارضه الأحوذي ، والمحصول في علم الأصول ، ولد سنة ٤٧٨هـ وتوفي بمدينة فاس ٥٤٣هـ. انظر : بغية الملتمس : ص٩٢ ، الصلة : ص٥٩٠ ، المغرب في حلي المغرب : ١/ ٢٥٤ ، وفيات الأعيان : ٤/ ٢٩٦ ، سير أعلام النبلاء : ٢٠/ ١٩٧ ، شجرة النور : ص١٣٦ .

(٣) أحكام القرآن : ١/ ٢٣ .

(٤) السبكي : تاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي أبو نصر السبكي الشافعي ، ولد في القاهرة سنة ٧٢٧هـ ، ورحل إلى دمشق مع والده سنة ٧٣٩هـ فسكنها وتوفي بها أخذ عن والده ، والحافظ المزي ، والذهبي ، وانتهى إليه القضاء بالشام ، وولي خطابة الجامع الأموي ، تعصب عليه شيوخ عصره فاتهموه بالكفر والزندقة ، فعزل عن القضاء ثم عاد إليها ، من مصنفاته جمع الجوامع في أصول الفقه ، الأشباه والنظائر وطبقات الشافعية الكبرى والوسطى والصغرى ، توفي سنة ٧٧١هـ. انظر : الدرر الكامنة : ٢/ ٤٢٥ ، حسن المحاضرة في تاريخ مصر والقاهرة : ١/ ٣٢٨-٣٢٩ ، الفكر السامي : ٢/ ٣٤٥ .

خمسمائة[1] ، ولعله يشير إلى القواعد التي استخرجت من فروع المذهب ، وقد أنهاها القرافي في كتابه الفروق إلى خمسمائة وثمان وأربعين قاعدة[2] وأنهاها غيره إلى الألف والمائتين كالمقري[3] وغيره ، ولكنها في الحقيقة تفرعت عن تلك الأصول التي ذكرناها .

بعد عرض أصول مذهب الإمام مالك يتبين لنا مايلي :

١ـ الأدلة النقلية موازية للأدلة العقلية ، فالمذهب المالكي بقدر ما هو مذهب متمسك بالآثار فهو معتمد على العقل .

٢ـ يعد المذهب المالكي أكثر المذاهب أصولا ، حتى قالوا : لا يمكن ضبط أصوله ، وقواعده ، وهذه مزية جعلت المذهب المالكي أكثر مرونة لسهولة تكيفه مع مختلف الأوضاع والبيئات .

قال أبو زهرة : "وقد اختبره - أي المذهب المالكي - العلماء في عصور مختلفة فاتسع لمشاكلهم واختبره علماء القانون في عصرنا الحاضر فكان مسعفا لهم في كل ما يحتاجون إليه من علاج ، لكثرة مجتهديه وكثرة أصوله

---

(١) طبقات الشافعية : ٢/ ١٦٦ .

(٢) قال القرافي في كتابه الفروق : "وجمعت فيه من القواعد خمسمائة وثمان وأربعين قاعدة ، وأوضحت كل قاعدة بما يناسبها من الفروع حتى يزداد انشراح القلب لغيرها " الفروق : ١/ ٤ .

(٣) قال المقري في مقدمة كتابه (القواعد) : " قصدت إلى تمهيد ألف قاعدة ومئتي قاعدة ، هي الأصول القريبة لأمهات مسائل الخلاف " القواعد : ١/ ٢١٢ .

، ونوع الأصول التي أكثر منها، وأنه أكثر المذاهب أصولا "[1].

وقد اعتبر بعض المالكية هذه الكثرة في الأصول والقواعد منقصة في المذهب المالكي فحاولوا الدفاع والتبرير ، والأمر لا يحتاج إلى دفاع -كما قال أبو زهرة - لأن تلك الكثرة حسنة من حسنات المذهب المالكي ، فيجب أن يفخر بها المالكيون لا أن يحملوا أنفسهم مؤنة الدفاع ، ولذلك نحن نرى أنه أكثر المذاهب أصولا غير محاولين أن نحمل غيره ما لم يقل أهله[2].

---

(١) الإمام مالك لأبي زهرة: ص٣٧٦ .

(٢) المرجع السابق: ص٣٥٨ .

المبحث الثاني

منزلة مراعاة الخلاف بين أصول المذهب المالكي

مما لا شك فيه أن مراعاة الخلاف أصل من أصول مذهب الإمام مالك - رحمه الله - وقد صرح بذلك الكثير من علماء المالكية بعد استقراء الفروع الفقهية وفتاوى الإمام مالك التي بناها على مراعاة الخلاف :

قال ابن رشد الجد : " من أصل مالك مراعاة الخلاف ... "[(١)] وكثيرا ما يقول عند تعليقه على فتاوى الإمام مالك : " هذا على أصله في مراعاة الخلاف "[(٢)] .

وقال الإمام الشاطبي : " إن مالكا وأصحابه -رحمهم الله - تجري كثيرا في فتاويهم ومسائلهم مراعاة الخلاف ، ويبنون عليها فروعا ، ويعلل به شيوخ المذهب الشارحون له أقوال من تقدم من أهل مذهبهم من غير توقف حتى صارت عندهم وعند مدرسي الفقهاء قاعدة مبنيا عليها ، وعمدة مرجوعا إليها "[(٣)] .

وقال في الاعتصام : " وهو- أي مراعاة الخلاف -أصل في مذهب مالك ينبني عليه مسائل كثيرة ... "[(٤)] .

---

(١) البيان والتحصيل : ٣/ ٤١٩ .

(٢) المرجع السابق : ٤/ ٣٦٩ .

(٣) المعيار المعرب : ٦/ ٣٦٧ .

(٤) الاعتصام : ٢/ ١٤٥ .

وقال التسولي : "فإن من جملة ما بني عليه مذهبه مراعاة الخلاف "[1].

وقال المقري في قواعده : "من أصول المالكية مراعاة الخلاف "[2].

وقال ابن أبي كف[3] في منظومته التي نظم فيها أصول الإمام مالك :

ورعي الخلف كان طورا يعمل به وعنه كان طورا يعدل[4]

وقال الثعالبي[5] الحجوي : "مراعاة الخلاف وهو أصل في المذهب "[6].

وكذلك فعل الشيخ المشاط[7] في كتابه الجواهر الثمينة في أدلة عالم

---

(١) البهجة شرح التحفة : ١/ ٢١ .

(٢) قواعد المقري : ١/ ٢٣٦ .

(٣) لم أقف على ترجمته إلا أنه من القرن الثالث عشر ، ومنظومته مطبوعة بتونس ، مع شرح إيصال السالك للشيخ محمد بن المختار االشنقيطي الولاتي .

(٤) إيصال السالك : ص٣٠ .

(٥) الثعالبي الحجوي : محمد بن الحسن الحجوي الثعالبي الفاسي ولد بفاس سنة ١٢٩١هـ أخذ عن والده حفظ القرآن ، والتحق بجامع القرويين وأخذ عن الفقيه سيدي محمد التهامي الوزاني ، وأحمد بن سودة ، ، تولى مناصب سامية في الدولة المغربية ، بلغت تآليفه الخمسين بين مطول ومختصر ، له فهرس فصل فيه هذه الكتب ، أشهرها : الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي ، توفي سنة ١٣٧٦هـ ، وقد ترجم الثعالبي لنفسه في كتابه الفكر السامي : ١/ ٩ .

(٦) الفكر السامي : ١/ ١٥١ .

(٧) المشاط : حسن بن محمد بن عباس بن علي بن عبد الواحد المشاط المالكي المكي العلامة ، ولد بمكة المكرمة عام ١٣١٧هـ وأصلهم من فاس حفظ القرآن ، وأخذ العلم عن الشيخ عبد الرحمن بن أحمد دهان ، والشيخ مشتاق أحمد الكانفوري ، وله مشايخ آخرون روي عنهم إجازة ، وأذن له مشايخه بالتدريس بالحرم المكي ، =

المدينة[1].

وقد ذكر الشيخ الكتاني[2] أن خصائص مذهب مالك خمسة أصول: عمل أهل المدينة والمصلحة المرسلة وسد الذرائع ومراعاة الخلاف[3].

والنقول في ذلك كثيرة، كلها تؤكد أن مراعاة الخلاف من أصول الإمام مالك رحمه الله.

فإذا كان الأمر كذلك، فلماذا أغفل بعض علماء المالكية ذكر مراعاة الخلاف بين أصول المذهب المالكي؟ مما دفع الإمام الشاطبي إلى أن يقول:

= أخذ عنه الشيخ محمد ياسين الفاداني، والشيخ محمد بن علوي المالكي، له مصنفات كثيرة منها: إنارة الدجي في مغازي خير الورى، التحفة السنية في علم الفرائض، الجواهر الثمينة في أدلة عالم المدينة، تولى رئاسة القضاء بمكة المكرمة، توفي عام ١٣٩٩هـ بعد مرض قصير. انظر: تشنيف الاسماع بشيوخ الاجازة والسماع: ص١٥٩.

(١) الجواهر الثمينة: ص١١٥.

(٢) الكتاني: محمد عبد الحي بن عبد الكبير الحسني الإدريسي الكتاني الفاسي، ولد بفاس ١٣٠٠هـ أخذ العلم عن علماء فاس ثم رحل إلى الحجاز ودخل مصر ودمشق وحضر دروس الشيخ سليم البشري بالأزهر ورحل إلى الجزائر وتونس، ثم عاد إلى المغرب ودرس أنواع العلوم والفنون، اهتم بإصلاح حال البلاد إداريا وعلميا واقتصاديا وسياسيا له كتب كثيرة منها فهرس الفهارس والأثبات، الرحلة الحجازية، التراتيب الإدارية واختصار كتاب العواصم من القواصم لابن العربي، توفي رحمه الله عام ١٣٨٢هـ. انظر: مقدمة فهرس الفهارس والأثبات وتشنيف الأسماع: ص٢٧٨.

(٣) خصائص مذهب مالك: ص١١١.

" قد عد الناس الأدلة ولم أر من عد أصول مراعاة الخلاف أصلا منها "[١] .

والجواب كما يلي:

بعض علماء المالكية ينفون العمل بمراعاة الخلاف، أو لا يعتبرونها حجة كابن عبد البر والقاضي عياض ، فمن الطبيعي ألا يذكروها بين أدلة المذهب المالكي.

وبعضهم يحتج بمراعاة الخلاف دون اعتبارها مصدرا أو أصلا مستقلا ، بل يدرجونها تحت أصل آخر كالاستحسان ، للتشابه بينهما.

قال الشاطبي: "إن من جملة أنواع الاستحسان مراعاة خلاف العلماء، وهو أصل في مذهب مالك ينبني عليه مسائل كثيرة "[٢] .

وقال الثعالبي: "ومن الاستحسان مراعاة الخلاف "[٣] .

وكثيرا ما يقول ابن رشد الجد: "وإنما هو استحسان لمراعاة قول من قال من العلماء . . . . . "[٤] .

أو يقول: "هو استحسان على غير قياس مراعاة لقول ... "[٥] .

وبعضهم يذكر مراعاة الخلاف في باب التعارض والترجيح ، لما فيها من

---

(١) المعيار المعرب: ٦/ ٣٦٧ .
(٢) الاعتصام: ٢/ ١٤٥ .
(٣) الفكر السامي: ١/ ١٥١ .
(٤) البيان والتحصيل: ١/ ٢٠٤ .
(٥) والمرجع السابق: ١/ ٣٩٦ .

ترجيح دليل على آخر ، كما فعل عبد الله بن إبراهيم الشنقيطي[1] في نظمه مراقي السعود عند الكلام على القول الضعيف :

وذكر ما ضعف ليس للعمل إذ ذاك عن وفاقهم قد انخطل

بل للترقي في مدارج السنا وبحفظ المدرك من له اعتنا

أو لمراعاة الخلاف المشتهر أو المراعاة لكل ما سطر[2]

وبعضهم توقف لعدم اطراد مراعاة الخلاف في جميع الفروع ، كما قال ابن حمدون : " أما مراعاة الخلاف فتارة وتارة "[3] .

والراجح أن مراعاة الخلاف أصل معتمد اعتمده الإمام مالك في كثير من اجتهاداته مثله في ذلك مثل المصلحة المرسلة ، وسد الذرائع والاستحسان ، وحتى الذين لم يذكروا مراعاة الخلاف بين أصول مالك احتجوا بها وعللوا بها الكثير من الأحكام الشرعية .

وهذا لا ينفي وجود بعض العلماء الذين نفوا الاحتجاج بمراعاة الخلاف ، وهذا ما سأبحثه في الفصل الثالث .

---

(١) عبد الله بن إبراهيم : العلوي الشنقيطي ، أبو محمد فقيه مالكي ، علوي النسب ، من قبيلة (إد وعل) من الشناقطة ، تجرد أربعين سنة لطلب العلم في الصحاري والمدن ، وأقام بفاس مدة ، وحج ، وعاد إلى بلاده فتوفى بها سنة ١٢٣٥ هـ له ألفية نظم فيها أصول الفقه سماها مراقي السعود ، ثم شرحها في كتابه نشر البنود شرح مراقي السعود . وله نور الإقاح منظومة في علم البيان وشرحها في فيض الفتاح ، وله طلعة الأنوار منظومة في مصطلح الحديث وشرحها هدي الأبرار على طلعة الأنوار . انظر : الأعلام : ٤/ ٦٥ .

(٢) نشر البنود على مراقي السعود لعبد الله بن إبراهيم العلوي الشنقيطي : ص٣٤١ ، فتح الودود على مراقي السعود لمحمد بن يحي بن محمد المختار الولاتي : ص٣٥١ .

(٣) حاشية ابن حمدون : ١/ ١٦ .

المبحث الثالث

أمثلة من فتاوى الإمام مالك أشار فيها إلى مراعاة الخلاف

ذكرت آنفا أن الإمام مالكا كان يشير إلى أصوله دون التصريح بها وكذلك فعل في مراعاة الخلاف اعتمده دون أن يذكره باسمه ، إنما فهمه حذاق المالكية وإليك بعض الامثلة من فتاوى الإمام مالك -رحمه الله- يشير فيها إلى مراعاة الخلاف .

١- عن ابن القاسم قال مالك رضي الله عنه : " لا يعيد الصلاة من نسي مسح أذنيه ، أو نسي المضمضة والاستنشاق من جنابة أو غيرها "[١] .

ومذهب مالك أن الأذنين من الرأس واستيعاب مسح جميع الرأس عنده واجب .

قال ابن رشد : " وقوله : إنه لا إعادة عليه ، مراعاة لمن قال إنهما ليسا من الرأس "[٢] .

٢- وسئل الإمام مالك عمن أفتى بأن التيمم إلى الكفين ، فتيمم وصلى ، ثم أخبر بعد ذلك أن التيمم إلى المرفقين ، ما ترى أن يصنع ؟ .

قال : " أرأيت لو صلى منذ عشرين سنة أي شيء كنت آمره به؟ ثم قال : أرى أن يعيد ما دام في الوقت "[٣] .

---

(١) البيان والتحصيل : ١/ ١٩٣ .

(٢) المرجع السابق : ١/ ٤٧ .

(٣) المرجع السابق : ١/ ٤٧ .

وهذا القول مبني على مراعاة من قال إن التيمم إلى الكفين فقط[1] .

٣ـ وقيل له : " أرأيت لو أن رجلا تيمم لنافلة ثم خرج من المسجد لحاجة ثم رجع أترى أن يتنفل بتيممه ذلك؟

قال : لا ، ولا يقرأ به في المصحف .

قيل له : أرأيت إن تيمم لنافلة فصلى ثم لم يزل في المسجد في حديث ، ثم أراد أن يقوم يتنفل بذلك التيمم؟

قال : إن تطاول ذلك فليتيمم تيمما آخر ، وإن كان شيئا يسيرا خفيفا فأرجو أن يجزيه "[2] .

فالأصل عند الإمام مالك أن يتيمم لكل صلاة ولو كانت نافلة إلا أنه يصلي بتيمم واحد ما اتصل من النوافل والنافلة إذا اتصلت بالفريضة مراعاة للخلاف ، لكونها باتصالها في حكم الصلاة الواحدة ، فإذا تباعد ما بينهما سقطت مراعاة الخلاف ، ورجعت المسألة إلى حكم الأصل فوجب إعادة التيمم[3] .

٤- روى ابن القاسم عن الإمام مالك في النصرانية تكون تحت المسلم فتحيض فتطهر أنها تجبر على الغسل من الحيضة ليطأها زوجها[4] .

---

(١) المرجع السابق .

(٢) البيان والتحصيل : ١/ ٢١٣ .

(٣) المرجع السابق .

(٤) المدونة : ١/ ١٣٧ .

والأصل أن لا يجبرها ، لأن الغسل عند مالك لا يجزئ بدون نية ، وهي ممن لا تصح منها نية ، كما جاء في العتبية ، وقوله هذا مراعاة لمن قال أن الغسل يجزئ بدون نية[1] .

٥- وقيل لمالك : "قلت في هؤلاء النصارى الذين يبنون في مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم لو أنهم أمرو أن لا يدخلوا المسجد إلا من الباب الذي يلي موضع عملهم ، ولا يخترقون المسجد، ولا يدخلون من لا عمل لهم فيه.

فقال له مالك : "نعما قلت ، ولو أنهم حيزوا من عمله إلى موضع واحد ثم دخلوا مما يليه لنعما"[2] .

قال ابن رشد : الأصل عند الإمام مالك رحمه الله منع دخول النصارى إلى المساجد، وخفف هنا ووسع فيه مراعاة لاختلاف أهل العلم في ذلك إذ منهم من أباح لهم دخول جميع المساجد إلا المسجد الحرام[3] .

٦ـ وسئل الإمام مالك رضي الله عنه عن رجل دخل مع الإمام فنسي تكبيرة الافتتاح وتكبيرة الركوع حتى صلى ركعة ثم ذكر أنه لم يكن قد كبر تكبيرة الافتتاح ولا عند الركوع ، وكبر في الركعة الثانية ؟

---

(١) البيان والتحصيل : ١/ ٢٣١ .

(٢) المرجع السابق : ١/ ٤٠٩ .

(٣) المرجع السابق.

قال : يبتدي صلاته أحب إلي[١] .

وجه الاستحباب في إعادة الصلاة ، إنما هو مراعاة لقول من قال : تكبيرة الإحرام ليست واجبة ، مع أن الأصل عند مالك بطلان تلك الصلاة[٢] .

٧ـ وسئل الإمام مالك رحمه الله فيمن مر بقوم فصلى معهم ، فلما صلوا ركعتين سلم إمامهم فتبين له أنهم مقيمون وسبقوه بركعتين وكان يظن أنهم قوم سفر؟ .

قال مالك : "يعيد أحب إلي "[٣] .

وإنما أمره بالإعادة مراعاة لمن قال بوجوب القصر[٤] .

٨- وسئل الإمام مالك عن الجمع بين المغرب والعشاء إذا جمعتا في المطر ، أية ساعة يجمعان؟

قال : "يؤخر المغرب قليلا ، فقيل له : أيوتر من جمع قبل أن يغيب الشفق؟ .

قال : لا ، أفلا يستطيع أن يوتر في بيته؟[٥] .

---

(١) أنظر الموطأ كتاب الصلاة باب افتتاح الصلاة .

(٢) الاستذكار : ٤/ ١٣٤ .

(٣) البيان والتحصيل : ١/ ٢٠١ ، مواهب الجليل : ١/ ٢٤٤ .

(٤) البيان والتحصيل : ١/ ٢٠١ .

(٥) المرجع السابق : ١/ ٢٥٩ .

وهذا القول يأتي على مراعاة قول من يرى أن المغرب وقتها في الاختيار إلى مغيب الشفق ، وهو ظاهر قول مالك في الموطأ ، فرأى أن يكون الجمع في وسط وقت المغرب المختار ليدرك من فضيلة وقت المغرب بعضا[1] .

٩ـ وسئل عن الصبي المراهق ، أيؤم الناس في الصلوات؟

فقال : " أما الصلوات المكتوبات التي هي الفرائض فلا ، وأما في النوافل فالصبيان يؤمون الناس فيها .

قيل : أفيقدمون في رمضان؟ فقال : نعم ، لا بأس بذلك "[2] .

خالف مالك أصله في اشتراط التكليف والبلوغ في الإمامة مطلقا نافلة كانت أو فريضة ، وأجاز إمامة الصبي في النافلة مراعاة لمن يجيز إمامته في الفريضة والنافلة .

قال ابن رشد : " أجاز في هذه الرواية أن يؤم الصبي في النافلة ، وقيام رمضان وهو استحسان على غير قياس ، مراعاة لقول من يرى صلاة المأموم غير مرتبطة بصلاة إمامه فيجيز إمامة الصبي في الفريضة والنافلة ، وللرجل أن يصلي الفريضة خلف من يصلي النافلة ، والقياس على مذهبه في أن صلاة المأموم مرتبطة بصلاة إمامه "[3] .

١٠ – وسئل الإمام مالك عن الذي يقول في دعائه : يا سيدي؟

---

(١) المرجع السابق : ١/ ٢٥٩ ، مواهب الجليل : ٢/ ٩٨ .

(٢) المدونة : ١/ ٣١٠ ، البيان والتحصيل : ١/ ٣٩٦ .

(٣) البيان والتحصيل : ١/ ٣٩٦ .

فكرهه ، وقال : " أحب إليّ أن يدعو بما في القرآن ، وبما دعت به الأنبياء : يارب "[1] .

فكره الإمام مالك الدعاء بذلك للاختلاف الحاصل بين أهل السنة من أئمة المتكلمين في جواز تسمية الله تعالى بسيد وحنان ، وما أشبه ذلك من الأسماء التي لم يرد فيها نص من القرآن أو السنة [2] .

١١- وسئل عن إمام خطب يوم الجمعة ، ففرغ من الخطبة وأحرم بالصلاة فذكر صلاة نسيها؟ .

فقال : "يتحول إليهم ويكلمهم حتى يتم صلاته .

قيل : فيبتدئ الخطبة؟

قال : أحب إلي أن يبتدئ الخطبة قيل له : فإن ذكر ذلك بعد أن فرغ من الصلاة ، أو بعد أن صلى منها ركعة؟

قال : إذا لم يذكر حتى فرغ من صلاته ، فصلاتهم مجزئة عنهم ، وإن ذكر بعد ركعة قدم رجلا بنى على تلك الركعة ، قال : وكذلك في كل صلاة صلاها ذكر فيها صلاة نسيها ، وقد ركع ركعات ، فإن تلك الركعة التي صلى بهم وهو ناس للصلاة مجزئة عنهم "[3] .

ترتيب الفوائت واجب عند الإمام مالك ، فمن ذكر صلاة نسيها وهو

---

(١) المرجع السابق : ١/ ٤٥٦ ، نوازل ابن سهل : ٢/ ٢١٧ .

(٢) البيان زالتحصيل : ١/ ٤٥٦ .

(٣) المرجع السابق : ٢/ ٢٠ ، المدونة : ١/ ١٢٩ .

في الصلاة التى بعدها بطلت الصلاة الحاضرة عليه ، وإن ذكر بعد إتمام الصلاة أعادها بعد أداء الصلاة المنسية .

إلا أنه قال هنا : إن صلاتهم مجزئة عنهم ولم يأمرهم بالإعادة مراعاة لقول من يقول إن صلاته لا تفسد بذكر الصلاة المنسية فيها[1] .

١٢ـ وقال مالك رحمه الله : " لا بأس أن تختضب المرأة المحرمة وتمتشط بالحناء قبل الإحرام ثم تحرم "[2] .

إنما أجاز لها ذلك عند الإحرام قبل أن تحرم ، وهو لا يجيز للمحرم أن يتطيب قبل الإحرام بشيء يبقى ريحه بعد الإحرام ، مراعاة لقول من يجيز ذلك[3] .

١٣ـ وسئل مالك عن المرأة المحتاجة تصدق الصداق ، أترى أن تأكل منه بالمعروف؟ قال : "نعم "[4] .

قال ابن رشد : " أباح لها أن تأكل من صداقها بالمعروف ، ومذهبه أن عليها أن تتجهز إلى زوجها بصداقها من أجل حاجتها إلى ذلك مراعاة لقول من يقول هو مالها وليس عليها أن تتجهز بشيء منه إلى زوجها ولا حق له

---

(١) البيان والتحصيل : ٢/ ٢٠ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير على مختصر خليل : ١/ ٢٦٥ .

(٢) البيان والتحصيل : ٣/ ٤٧١ .

(٣) المرجع السابق .

(٤) المرجع السابق ٤/ ٣٣١ ، النوازل والأعلام أو ديوان الأحكام الكبرى لابن سهل : ٢/ ٢٣١ .

فيه ولو طلقها قبل البناء "[1].

١٤ - سئل الإمام مالك: "أرأيت إن تزوجها على عرض قيمته أقل من ثلاثة دراهم أو على درهمين؟ قال: أرى النكاح جائزا ويبلغ به ربع دينار إن رضي بذلك الزوج، وإن أبى فسخ النكاح إن لم يكن دخل بها، وإن دخل بها أكمل بها ربع دينار، وليس هذا النكاح عندي من نكاح التفويض[2].

قال ابن القاسم: لم أجزته؟ قال: لاختلاف الناس في هذا الصداق، لأن منهم من قال ذلك الصداق جائز ومنهم من قال لا يجوز "[3].

فقد صرح الإمام مالك هنا بمراعاة الخلاف، وهذا أوضح دليل على اعتباره للخلاف في بناء الأحكام، وهي من المواضع النادرة التي ذكر فيها الإمام مالك مراعاة الخلاف صراحة.

١٥ـ وسئل الإمام مالك -رحمه الله -عن بيع الثياب في الجراب بالبراءة؟.

قال: "لا خير فيه وهو مما لا يستطاع معرفته، فلذلك رأيت البراءة لا تنفع فيه إلا أن يكون الشيء غير المضر ولا المفسد "[4].

---

(١) البيان والتحصيل: ٤/ ٣٣١.

(٢) نكاح التفويض: " ما عقد دون تسمية مهر و لا إسقاطه و لا صرفه لحكم أحد " انظر: حدود ابن عرفة شرح الرصاع: ١/ ٢٥٦.

(٣) المدونة: ١/ ١٥٢.

(٤) المرجع السابق: ٨/ ٢٦٢.

لا يجوز البيع بشرط البراءة من العيوب عند الإمام مالك إلا في الرقيق فقط، أما العروض والحيوان فلا يجوز بيعها بالبراءة ، فإن باع العروض بشرط البراءة برئ من الشيء اليسير مراعاة لقول من رأى البراءة نافعة في كل البيوع[1] .

١٦ـ سئل الإمام مالك عن الرجل يشتري الطعام المضمون إلى يومين يوفيه إياه ، قال: " لابأس به "[2] .

والأصل عند الإمام مالك أن السَلَم إذا وقع إلى أجل قريب أقل من نصف الشهر يفسخ ، ولكنّه راعى هنا من أجاز السَلَم إلى أجل قريب ، وقال: لا بأس به[3] .

وغيرها من الفتاوى -وهي كثيرة - التي أشار فيها الإمام مالك ونبه إلى أصل مراعاة الخلاف ، وسيأتي تفصيل هذه المسائل وغيرها في الباب التطبيقي .

---

(١) المرجع السابق.

(٢) المرجع السابق: ٧/ ٢٩٢ .

(٣) المرجع السابق: ٧/ ٢٩٢ ، الذخيرة للقرافي: ٣/ ٣٢٤ .

الفصل الثالث

موقف علماء المالكية من مراعاة الخلاف

المبحث الأول

المجيزون لمراعاة الخلاف بعد الوقوع وأدلتهم

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الأدلة النقلية لمراعاة الخلاف بعد الوقوع.

المطلب الثاني: الأدلة العقلية لمراعاة الخلاف بعد الوقوع.

المبحث الثاني

منزلة مراعاة الخلاف بين أصول المذهب المالكي

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: العلماء الذين لم يحتجوا بمراعاة الخلاف بعد الوقوع

المطلب الثاني: أدلة المخالفين لمراعاة الخلاف بعد الوقوع.

المطلب الثالث:جواب المجيزين عن أدلة النافين.

المطلب الرابع: الترجيح بين أدلة المجيزين والنافين.

تباين موقف علماء المالكية حول مراعاة الخلاف فاحتج به جمهور المالكية واعتبروه أصلا من أصول الإمام مالك، وخالف بعض كبار علماء المالكية ، ولم يسلموا بحجية مراعاة الخلاف .

ولكل فريق متمسك من الأدلة والحجج ، وغالب الأدلة والحجج التي استدل بها المجيزون أو النافون ، إنما قصدوا بها مراعاة الخلاف بعد الوقوع ، والبعض منها يصلح أن يكون دليلا مشتركا لمراعاة الخلاف بعد وقبل الوقوع .

فرأيت من الأحسن أن أجمع أدلة المجيزين والنافين لمراعاة الخلاف بعد الوقوع ، والترجيح بينها في المباحث التالية ، ثم أفرد أدلة الخروج من الخلاف وما ورد عليها من اعتراضات في مبحث خاص .

المبحث الأول

المجيزون لمراعاة الخلاف بعد الوقوع وأدلتهم

ذهب جمهور علماء المالكية من المتقدمين والمتأخرين[١] والمحدثين[٢] إلى القول بمراعاة الخلاف والاحتجاج به كأصل من الأصول التي اعتمدها الإمام مالك – رحمه الله –وعدُّوه مذهبا له .

قال ابن رشد : " ومن مذهبه[٣] مراعاة الخلاف "[٤] واستدل المجيزون بأدلة نقلية وعقلية ، وهذا ما سأبحثه في المطلبين التاليين :

المطلب الأول : الأدلة النقلية لمراعاة الخلاف بعد الوقوع

المطلب الثاني : الأدلة العقلية لمراعاة الخلاف بعد الوقوع .

---

(١) طبقة المتقدمين– في اصطلاح المالكية – تبدأ من عهد الإمام مالك –أي القرن الثاني للهجرة وتمتد إلى سنة ٣٨٦هـ حيث يبدأ عصر المتأخرين من علماء المالكية . انظر : الفكر السامي : ١/ ٢١٣ .

(٢) أقصد بالمحدثين علماء القرن الثالث عشر إلى قرننا هذا ، أمثال الشيخ الدردير صاحب أقرب المسالك والدسوقي ، والأمير الكبير ، والأمير الصغير ، والشيخ عليش ، وغيرهم .

(٣) المذهب : لغة الطريق ، ومكان الذهاب ، ثم صار عند الفقهاء حقيقة عرفية فيما ذهب إليه إمام من الأئمة من الأحكام الاجتهادية ، ويطلق عند المتأخرين من أئمة المذهب على ما به الفتوى ، من باب إطلاق الشيء على جزئه الأهم نحو قوله صلى الله عليه وسلم : (الحج عرفة) لأن ذلك هو الأهم عند الفقيه المقلد . انظر : مواهب الجليل : ١/ ٢٤ . وأراد ابن رشد بالمذهب هنا المعنى الأول .

(٤) البيان والتحصيل : ١/ ٤٢٥ .

المطلب الأول

الأدلة النقلية لمراعاة الخلاف

الدليل الأول:

قصة ولد زمعة الذي اختصم فيه سعد بن أبي وقاص[1] وعبد بن زمعة[2] إذ عهد عتبة بن أبي وقاص[3] لأخيه سعد: أن ابن

---

(١) سعد بن أبي وقاص: مالك بن وهيب بن عبد مناف بن زهرة بن كلاب بن مرة، أبو إسحاق أحد السابقين إلى الإسلام، وأحد المبشرين بالجنة، وأحد أصحاب الشورى الستة، وأول من رمي بسهم في سبيل الله، شهد المشاهد كلها مع رسول الله صلى الله عليه وسلم، وولي الولايات من قبل عمر وعثمان رضي الله عنهما، توفي في قصره بالعقيق سنة ٥٥هـ وحمل إلى المدينة ودفن بالبقيع - رضي الله عنه.
انظر: طبقات ابن سعد ٣/ ٩٧-١٠٥، الاستيعاب: ٤/ ١٧٠-١٧٧، أسد الغابة: ٢/ ٣٦٦، تهذيب الأسماء واللغات: ١/ ٢١٣-٢١٤، شذرات الذهب: ١/ ٦١.

(٢) عبد بن زمعة: عبد بن زمعة بن قيس بن عبد شمس بن عبد وُد، قرشي عامري، من سادات الصحابة وأشرافهم وهو أخو أم المؤمنين سودة بنت زمعة لأبيها، قيل: لا رواية له، وخالف ابن حجر وقال: هو عبد زمعة من غير إضافة، أما عبد الله بن زمعة فرجل آخر. قال ابن حجر: " وفي بعض الطرق من غير رواية عائشة عند الطحاوي في هذا الحديث، عبد الله بن زمعة ونبه على أنه غلط، وأن عبد الله بن زمعة هو الأسود بن المطلب بن أسد بن العزى، آخر ". والصحيح أنه عبد الله بن زمعة كما ورد في متن الحديث وهذا الذي عليه جمهور المحدثين. انظر: فتح الباري: ١٢/ ٣٣، وحاشية العدة على شرح العمدة: ٤/ ٢٦٨. الاستيعاب: ٢ / ٨٣٣.

(٣) عتبة بن أبي وقاص: أخو سعد بن أبي وقاص، مات مشركا، قال ابن حجر: "مات على شركه، كما جزم به الدمياطي والسفاقسي. وقال: لم أر من ذكره في الصحابة إلا ابن منده، واشتد إنكار أبي نعيم عليه في ذلك، وقال: وهو الذي =

وليدة[1] زمعة مني فاقبضه إليك فأخذه سعد ، فقام إليه عبد بن زمعة ، فقال : أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه ، وتدافعا بعد تنازعهما في الولد إلى رسول الله ﷺ فقال سعد : يا رسول الله ابن أخي ، وقال عبد ابن زمعة : أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه ، فقال رسول الله ﷺ : (هو لك يا عبد بن زمعة) ، ثم قال : الولد للفراش ، وللعاهر الحجر . أي الرجم .

وقال لسودة بنت زمعة[2] : «احتجبي منه يا سودة »[3] لما رأى منه شبهه بعتبة بن أبي وقاص .

= كسر رباعية النبي صلى الله عليه وسلم يوم أحد ، ما علمت له إسلاما . بل روى عبد الرزاق من مراسيل سعيد بن المسبب ، ومقسم بن عتبة أنه ﷺ دعا على عتبة - يومئذ - أن لا يحول عليه الحول حتى يموت كافرا ، فما حال عليه الحول حتى مات كافرا إلى النار ، وأخرج الحاكم في المستدرك عن أنس ابن مالك أنه سمع حاطب بن أبي بلتعة يقول : أن عتبة لما فعل بالنبي صلى الله عليه وسلم ما فعل تبعته فقتلته . انظر : المستدرك للحاكم : ٣/ ٣٠٠ ، الإصابة : ٣/ ١٦١ ، فتح الباري : ١٢/ ٣٣ .

(١) الوليدة : في الأصل المولودة ، وتطلق على الأمة ، قال ابن حجر : " هذه الوليدة لم أقف على اسمها ، لكن ذكر مصعب الزبيري وابن أخيه الزبير في نسب قريش أنها كانت أمة يمانية " . انظر : فتح الباري : ١٢/ ٣٢ .

(٢) سودة : بنت زمعة بن قيس ، أم المؤمنين عربية قرشية عامرية ، تزوجها رسول الله ﷺ بعد موت خديجة وقبل الهجرة بنحو ثلاث سنين ، وأصدقها أربعمائة درهم ، كانت قبله تحت السكران ابن عمها أخو سهيل بن عمرو ، توفيت في آخر خلافة عمر - رضي الله عنه - وقيل توفيت سنة ٥٥هـ في خلافة معاوية رضي الله عنه . انظر : طبقات ابن سعد : ٨/ ٥٢ ، أسد الغابة : ٧/ ١٥٧ ، تهذيب التهذيب : ١٢/ ٤٢٦- ٤٢٧ ، الإصابة : ١٢/ ٣٢٣ ، شذرات الذهب : ١/ ٣٤ .

(٣) أخرجه البخاري في البيوع باب : تفسير المشبهات (رقم : ١٩٤٨) ، وفي الخصومات ، باب : دعوى الموصي للميت (رقم : ٢٢٨٩) ، وفي العتق باب : أم=

ودلالة الحديث على مراعاة الخلاف تتضح في النقاط التالية :

الأصل في كل نكاح أو ملك يمين يتأتى فيه الوطأ أن الولد يكون منه ، فيصير الولد ابنا للواطئ يجري بينهما التوارث وغيره من الأحكام ، سواء كان موافقا له في الشبه أو مخالفا ، وهذا الأصل وهو الظاهر القوي كما جعله الشرع ، وعليه تكون سودة أختا للولد المتنازع عليه لأنه ألحق بأبيها .

مقابل الظاهر القوي - أي الفراش - لا يكون إلا خفيا ضعيفا وهو الاحتمال المبني على الشبه فلا يعول عليه عند وجود القوي الظاهر .

مع ذلك فقد راعى الرسول ﷺ هذه الخفي الضعيف وأعطاه أثره وحكمه ، فقال لسودة رضي الله عنها : (احتجبي منه) على سبيل الاحتياط لما رأى الشبه الواضح بعتبة بن أبي وقاص ، وعليه فتكون سودة أجنبية عن الولد .

فالرسول ﷺ راعى الدليلين كليهما ، وأعطى كل واحد منهما ما يناسبه من الحكم ، أعطى للفراش حكمه فألحق الولد بصاحبه - الذي هو زمعة - وأعطى للشبه حكمه فأمر بنت صاحب الفراش التي هي سودة زوجة النبي صلى الله عليه وسلم بالاحتجاب من الولد .

= الولد (رقم : ٢٣٩٦) ، وفي الوصايا باب : من شهد الفتح (رقم : ٤٠٥٢) ، وفي الفرائض باب : الولد للفراش حرة كانت أو أمة (رقم : ٦٣٦٨) ، ومسلم في الرضاع باب : الولد للفراش ، وتوقي الشبهات (رقم : ١٤٥٧) ، وأبو داود في الطلاق باب : الولد للفراش (رقم : ٢٢٧٣) ، والنسائي في الطلاق باب : إلحاق الولد بالفراش (رقم : ٣٤٨٢) ، ومالك في الموطأ في كتاب الأقضية باب : القضاء بإلحاق الولد بأبيه (رقم : ٢٠) .

وهذا شأن مراعاة الخلاف.

قال ابن العربي: "القضاء بالراجح لا يقطع حكم المرجوح بالكلية بل يجب العطف على المرجوح بحسب رتبته لقوله ﷺ: «واحتجبي منه يا سودة»[1].

الدليل الثاني:

حديث أبي هريرة[2] رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها فإن الزانية هي التي تزوج نفسها»[3]، وفي رواية: كنا نقول: التي تزوج نفسها هي الزانية.

---

(١) المعيار المعرب: ١٢/ ٣٧.

(٢) أبو هريرة: عبد الرحمن بن صخر الدوسي، أبو عبد الله، صاحب رسول الله ﷺ، قدم المدينة سنة سبع، أسلم وشهد خيبر مع رسول الله ﷺ، وكني بأبي هريرة لأنه وجد هرة فحملها في كمه، ولزم رسول الله، وواظب عليه رغبة في العلم، وكان أحفظ الصحابة، وقد شهد له رسول الله ﷺ بأنه حريص على العلم والحديث، ودعا له بالحفظ روى عنه أكثر من ثمانمائة رجل، توفي بالمدينة سنة ٥٧هـ وهو ابن ٧٨ سنة. انظر: الاستيعاب: ٤/ ٢٠٢، الإصابة: ٤/ ٢٠٢، صفة الصفوة: ١/ ٦٨٥، شذرات الذهب: ١/ ٦٣.

(٣) أخرجه ابن ماجه في النكاح، باب: لا نكاح إلا بولي (رقم: ١٨٧٩). والدارقطني في سننه، وصححه: ٣/ ٢٢٧، قال ابن ملقن: رواه الدارقطني بإسناد على شرط الصحيح، انظر: تحفة المحتاج: ٢/ ٣٦٤، وصححه صاحب إرواء الغليل وقال: صحيح دون الجملة الأخيرة أي قول أبي هريرة: فان الزانية هي التي تزوج نفسها "إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل: ٦/ ٢٤٨، ورواه البيهقي في سننه: ٧/ ١١٠.

ومن حديث عائشة رضي الله عنها قال رسول الله ﷺ : «أيّما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل ، فإن دخل بها فالمهر لها لما أصاب منها»[1] .

فقد حكم النبي صلى الله عليه وسلم ببطلان العقد وأكده بالتكرار ثلاثا وسماه زنا ، وأقل مقتضياته عدم الاعتبار .

ثم عقبه بما يدل على اعتباره وذلك بعد وقوعه فقال : «فإن دخل بها فالمهر لها لما أصاب منها» وإثبات المهر لها دليل على صحة العقد لأن مهر البغي حرام فلو كان زنا لما أثبت لها الشارع المهر .

وهذا هو المراد بمراعاة الخلاف ، إبقاء الحالة على ما وقعت عليه إذا كان في إزالتها لحوق ضرر بالمكلف ، يفوق الضرر الناشئ عن الفعل المنهي عنه .

قال الشاطبي : " وهذا تصحيح للمنهي عنه من وجه ، ولذلك يقع فيه الميراث ويثبت النسب للولد ، وإجراؤهم النكاح الفاسد مجرى الصحيح في هذه الأحكام وفي حرمة المصاهرة وغير ذلك دليل على الحكم بصحته على الجملة ، وإلا كان في حكم الزنى ، وليس في حكمه باتفاق .

فالنكاح المختلف فيه قد يراعى فيه الخلاف فلا تقع فيه الفرقة إذا عثر

---

(١) رواه أبو داود في النكاح باب : في الولي (رقم : ٢٠٨٣) ، والترمذي في النكاح باب : ما جاء لا نكاح إلا بولي (رقم : ١١٠٢) ، وابن ماجه في النكاح باب : لا نكاح إلا بولي (رقم : ١٨٧٩) ، والحاكم في المستدرك : ٢/ ١٦٨ ، ولم يتعقبه الذهبي ، والدارقطني في سننه : ٣/ ٢٢٦ ، والبيهقي في السنن : ٧/ ١٠٥ .

عليه بعد الدخول ، مراعاة لما يقترن بالدخول من الأمور التي ترجح جانب التصحيح ، وهذا كله نظرا إلى ما يؤول إليه ترتيب الحكم بالنقض والإبطال من إفضائه إلى مفسدة توازي مفسدة النهي أو تزيد "[1] .

الدليل الثالث:

فتاوى واجتهادات أعلام الصحابة رضي الله عنهم التي تدل على اعتبار ومراعاة الخلاف ، حيث يقدمون الدليل المرجوح بعد الوقوع على الدليل الراجح لاعتضاده بعد الوقوع بما يقوي جانبه ، ومن ذلك:

المرأة يتزوجها رجلان ولا يعلم الآخر بتقدم نكاح غيره الا بعد البناء ، فأبانها على الأول بذلك عمر بن الخطاب ومعاوية بن أبي سفيان[2] ، والحسن البصري[3] .

---

(١) انظر: الموافقات للشاطبي: ٤/ ٢٠٤ - ٢٠٥ .

(٢) معاوية بن أبي سفيان: صخر بن حرب القرشي الأموي ، أمير المؤمنين ، أول خلفاء بني أمية ، أبو عبد الرحمن ، أسلم مع أبيه وأمه وأخيه يزيد في فتح مكة ، وشهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم حنينا ، وكان أحد كتاب الرسول ﷺ ثم استخلفه أبو بكر على الشام ، وأقره عثمان على ذلك ، ولم يبايع عليا ثم حاربه وتولى الخلافة بعد مقتل علي رضي الله عنه ، وكان يوصف بالدهاء والحلم والوقار، توفي سنة ٦٠هـ بدمشق. انظر: الإصابة: ٣/ ٤٣٣ ، الاستيعاب: ٣/ ٣٩٥ ، تهذيب الأسماء: ٢/ ١٠٢ .

(٣) الحسن البصري: أبو سعيد الحسن بن يسار ، إمام أهل البصرة ، المجمع على جلالته في كل فن وهو من سادات التابعين ، وفضلائهم جمع العلم والزهد والورع والعبادة ، أشهر كتبه: تفسير القرآن ، توفي سنة ١١٠هـ. انظر: وفيات الأعيان: ١/ ٣٥٤ ، شذرات الذهب: ١/ ١٣٦ ، تهذيب الأسماء: ١/ ١٦١ ، صفة الصفوة: ٣/ ٢٣٣ .

ومقتضى القياس متى تحققنا أن الذي لم يبن هو الأول أن دخول الثاني بها دخول بزوج غيره ، فلا يكون غلطه على زوج غيره مصححا لعقده الذي لم يصادف محلا ، ولا مبيحا له التمتع بها على الدوام ، وكيف يكون الغلط مبطلا لعقد نكاح مجمع على صحته لوقوعه على وفق الكتاب والسنة ظاهرا وباطنا ، وإنما المناسب أن يرفع الغلط الإثم والعقوبة عن الغالط لا أن يبيح زوج الغير دائما ويمنع منها زوجها[1] .

الدليل الرابع:

كان الكثير من الصحابة والتابعين ، يصلون خلف إمام واحد مع تباين مذهبهم واختلاف اجتهادهم ، ولم ينكروا على من انتقل من تقليد بعض الصحابة إلى غيرهم سواء قبل وقوع المسألة أو بعدها .

وفي هذا يقول القرافي : "وأجمع الصحابة رضوان الله عليهم على أن من استفتى أبا بكر وعمر رضي الله عنهما أو قلدهما فله أن يستفتي أبا هريرة ومعاذ بن جبل[2] وغيرهما ويعمل بقولهما من غير

---

(١) انظر : الاعتصام للشاطبي : ٢/ ١٤٧ .

(٢) معاذ بن جبل : أبو عبد الرحمن ، بن عمرو بن أوس الأنصاري الخزرجي ، أعلم الأئمة بالحلال والحرام ، شهد المشاهد كلها مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وبعثه النبي عليه الصلاة والسلام بعد غزوة تبوك إلى اليمن قاضيا ومرشدا ، وبقي فيها إلى أن انتقل الرسول صلى الله عليه وسلم إلى الرفيق الأعلى ، فعاد معاذ إلى المدينة ، ثم كان مع أبي عبيدة في غزو الشام ، وتوفي بطاعون عمواس سنة ١٨هـ وله من العمر ٣٣ سنة وقيل ٣٨ سنة . انظر : طبقات ابن سعد : ٣/ ٥٨٣ .

نكير "[1] .

وقال أبو بكر رضي الله عنه في الكلالة : " أقضي فيها برأيي فإن يكن صوابا فمن الله وإن يكن خطأ فمني ومن الشيطان والله منه بريء ، هو ما دون الولد والوالد " .

فقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه : " إني لأستحي من الله أن أخالف أبا بكر " .

وصح عنه أنه قال له : " رأينا لرأيك تبع "[2] .

فقد اعتد عمر بن الخطاب مع اجتهاده برأي أبي بكر المخالف وأخذ به .

وقال الشعبي[3] : " كان ستة من أصحاب النبي ﷺ يفتون الناس : عبد الله بن مسعود[4] وعمر بن الخطاب وعلي بن أبي

---

(١) شرح تنقيح الفصول : ص٢٨٥ .

(٢) أعلام الموقعين عن رب العالمين : ٢/ ٢٣٤-٢٣٧ .

(٣) الشعبي : عامر بن شراحيل بن عبد ذي كبار (قيل من أقيال اليمن) الشعبي ، أبو عمرو وهو من حمير ، وهو تابعي كوفي ، قال ابن خلكان : جليل القدر ، وافر العلم ، عالم الكوفة . له مناقب وشهرة ، توفي بالكوفة فجأة سنة ١٠٣هـ وقد أدرك خمسمائة من الصحابة أو أكثر . انظر : وفيات الأعيان : ٧/ ٢٢٢ ، تذكرة الحفاظ : ١/ ٧٩ ، طبقات الحفاظ : ص٣٢ ، شذرات الذهب : ١/ ١٢٦ .

(٤) عبد الله بن مسعود : بن غافل بن حبيب الصحابي الجليل ، أحد السابقين إلى الإسلام والمهاجرين إلى الحبشة والمدينة ، شهد مع النبي ﷺ بدرا وأحدا والخندق وبيعة الرضوان ، وسائر المشاهد ، وشهد له الرسول ﷺ بالجنة ، توفي سنة ٣٢هـ بالمدينة . انظر : الإصابة : ٢/ ٣٦٨ ، الاستيعاب : ٢/ ٣١٦ ، تهذيب الأسماء : ١/ ٢٨٨ .

طالب[1] وزيد بن ثابت[2] وأبي بن كعب[3] وأبو موسى الاشعري[4] ، وكان

---

(١) علي بن أبي طالب : أبو الحسن بن عبد المطلب ، القرشي الهاشمي ابن عم رسول الله ﷺ ، وأول الناس إسلاما ، ولد قبل البعثة بعشر سنوات . شهد جميع المشاهد إلا تبوك ، استخلفه الرسول ﷺ ، وقال له : «أو ما ترضى أن تكون مني بمنزلة هارون من موسى إلا النبوة » . كان عالما بالقرآن والفرائض والأحكام واللغة والشعر ، تزوج فاطمة الزهراء ، وكان من أهل الشورى ، وبايع عثمان رضي الله عنهما فلما قتل عثمان بايعه الناس ، استشهد سنة ٤٠هـ . انظر : الإصابة : ٢/ ٥٠٧ ،الاستيعاب : ٣/ ٢٦ ، أسد الغابة : ٤/ ٩١ ، صفة الصفوة : ١/ ٣٠٨ ، تاريخ الخلفاء : ص١٦٦ .

(٢) زيد بن ثابت : أبو سعيد بن الضحاك الصحابي ، الأنصاري النجاري المدني الفرضي ، كاتب الوحي والمصحف أسلم قبل مقدم النبي ﷺ المدينة ، واستصغره النبي يوم بدر ، وشهد أحدا وقيل لا ، وشهد الخندق وما بعدها ، وزيد أكثر أخذا للقرآن ، كتب الوحي لرسول الله ﷺ وكتب له المراسلات إلى الناس ، وهو أحد الثلاثة الذين جمعوا المصحف ، وكان أعلم الصحابة بالفرائض توفي بالمدينة سنة ٥٤هـ . انظر : الإصابة : ١/ ٥٦١ ، الاستيعاب : ١/ ٥٥١ ، تهذيب الأسماء : ١/ ٢٠٠ ، تذكرة الحفاظ : ١/ ٣٠ .

(٣) أبي بن كعب : أبو المنذر وأبو الطفيل بن قيس ، الأنصاري النجاري ، سيد القراء شهد العقبة الثانية وبدرا والمشاهد كلها ، وقرأ الرسول ﷺعليه القرآن ، وهو أول من كتب للنبي عليه الصلاة والسلام الوحي ، وجمع القرآن في زمن النبي ﷺ ، وكان أحد المفتين من الصحابة ، ويرجع إليه عمر بن الخطاب في النوازل والمعضلات ، مات سنة ٢٠هـ وقال عمر : اليوم مات سيد المسلمين . انظر : الإصابة : ١/ ١٩ ، الاستيعاب : ١/ ٤٧ ، تهذيب الأسماء : ١/ ١٠٨ ، طبقات القراء : ١/ ٣١ .

(٤) أبو موسى الأشعري : عبد الله بن قيس بن سليم ، أبو موسى الأشعري ، أسلم قبل الهجرة وهاجر إلى الحبشة ثم إلى المدينة بعد خيبر ، واستعمله النبيﷺ على =

ثلاثة منهم يدعون قولهم لقول ثلاثة ، كان عبد الله بن مسعود يدع قوله لقول عمر بن الخطاب وكان أبو موسى يدع قوله لقول عليّ ، وكان زيد يدع قوله لقول أبي بن كعب "[1] .

فهذا دليل قاطع على اعتبار أعلام الصحابة اجتهاد بعضهم البعض ، وعدم إهماله ، وإعماله في بعض الحالات دون نكير من أحد ، فكان إجماعا يجب اتباعه لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « اقتدوا بالذين من بعدي أبي بكر وعمر»[2] .

وقوله ﷺ : «فعليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين المهديين ، فتمسكوا بها»[3] .

=اليمن وعدن ، واستعمله عمر على البصرة بعد المغيرة ، وكان أحد الحكمين في صفين ، ثم اعتزل الفريقين ، وكان حسن الصوت بالقرآن ، وهو أحد القضاة المشهورين ، سكن الكوفة ، وتفقه أهلها به ، مات سنة ٤٣هـ وقيل : ٤٤هـ. انظر : الإصابة : ٢/ ٣٥٩ ، تهذيب الأسماء : ٢/ ٢٦٨ ، حلية الأولياء : ١/ ٣٥٦ ، شذرات الذهب : ١/ ٥٣ .

(١) القول المفيد في أدلة الاجتهاد والتقليد الشوكاني : ص٦ .

(٢) أخرجه الإمام أحمد في مسنده : ٥/ ٣٥٨ ، والحاكم في المستدرك : ٣/ ٧٥ ، والحميدي في مسنده : ص٤٤٩ ، والبغوي في شرح السنة : ٤/ ١٠١ ، والطحاوي في مشكل الآثار : ٢/ ٨٣ ، وابن عبد البر في جامع البيان العلم وفضله : ٢/ ٢٢٣ . كلهم عن حذيفة رضي الله عنه .

(٣) أخرجه الإمام أحمد : ٤/ ١٢٦-١٢٧ ، وأبو داود في السنة باب : في لزوم السنة (رقم : ٤٦٠٧) ، والترمذي في العلم باب : ما جاء في الأخذ بالسنة واجتناب البدع (رقم : ٢٦٨١) وقال : هذا حديث حسن صحيح ، وابن ماجه في المقدمة باب : اتباع سنة الخلفاء الراشدين المهديين (رقم : ٤٢) . والحاكم وصححه : ١/ ٩٥ ، ووافقه الذهبي .

المطلب الثاني

الأدلة العقلية لمراعاة الخلاف بعد الوقوع

الدليل الأول:

نقله الشاطبي عن الإمام الباجي وتقريره : أن ما جاز أن يكون علة بالنطق جاز أن يكون علة بالاستنباط ، ولو قال الشارع أن كل ما لم تجتمع أمتي على تحريمه ، واختلفوا في جواز أكله فإن جلده يطهر بالدباغ ، لكان ذلك صحيحا ، فكذلك إذا علق هذا الحكم عليه بالاستنباط[1] .

بمعنى أن الوصف الذي يجوز أن ينص الشارع على عليته يجوز لنا أن نجعله علة بالاستنباط ، واختلاف العلماء وصف لا مانع أن يرد نص من الشارع بكونه علة تبنى عليه الأحكام ، وإذا لم يكن هناك مانع من التنصيص شرعا فلا مانع من جعله علة بطريق الاستنباط وحينئذ يجوز بناء الأحكام على مراعاة الخلاف وهو المدعى .

واعترض على هذا الدليل باعتراضين ، فحواهما :

الأول: هذا الدليل -حتى على فرض الملازمة فيه -لا ينتج المطلوب ، لأنه مشترك الإلزام ومنقلب على المستدل به ، إذ لقائل أن يقول: لو قال الشارع أن كل ما لم تجتمع أمتي على تحريمه واختلفوا في جواز أكله فإن جلده لا يطهر بالدباغ لكان ذلك صحيحا ، فكذلك إذا علم الحكم بالاستنباط ، ويكون القلب أرجح ، لأنه مائل إلى جانب الاحتياط .

(١) انظر: الموافقات: ٤/ ١١٠ .

الثاني : إن غاية ماينتجه هذا الدليل هو جواز الاعتماد على مراعاة الخلاف ، ولا يلزم من جواز شئ وقوعه بل الوقوع محتاج إلى دليل آخر ، ألا ترى أنه يجوز أن ينص الشارع على أن مس الحائط مثلا ناقض للوضوء ، وأن شرب الماء الساخن مفسد للحج ، وأن المشي من غير نعل يفرق بين الزوجين .

ولا يكون هذا التجويز سببا في وضع الأشياء المذكورة عللا شرعية بالاستنباط ، فلما لم يصح ذلك دل على أن نفس التجويز ليس بمسوغ لجعل الأوصاف عللا شرعية بالاستنباط .

فإن قيل : إن الجواز مقيد باشتراط مناسبة الوصف للحكم وما ذكرتموه من الأمثلة عار عن تلك المناسبة .

الجواب : لم يذكر هذا القيد في الدليل ، على أن من طرق الاستنباط ما لا تلازم فيه المناسبة ، كالدوران والطرد[1] .

الدليل الثاني:

مراعاة الخلاف هي ترك مأذون فيه - وهو القول بالراجح- وفعل ممنوع وهو القول بالمرجوح عند المراعي ، وترك المأذون وفعل الممنوع إنما هو لمسوغ، فصار العمل أيضا بالقول المرجوح - مراعى فيه دليل صحته - أولى لأن المكلف قد واقع في العمل بالمرجوح دليلا في الجملة .

---

(١) المرجع السابق .

وهذا كله نظرا لما يؤول إليه ترتب الحكم بالنقض والإبطال من إفضائه إلى مفسدة توازي مفسدة النهي أو تزيد[1].

وهذه هي نظرية المآل أو النظر في مآلات الأفعال التي من أهم قواعدها مراعاة الخلاف فلابد من تعريفها وتبيين أدلتها حتى يتمكن لنا الاستدلال بها على حجية مراعاة الخلاف.

تعريف نظرية المآل:

المآل لغة[2]: الرجوع والمصير، من آل الشئ يؤول أوْلاً ومآلا، بمعنى رجع، والآل: الحال الذي يؤول إليها أمر الشخص.

ومنه التأويل: وهو المرجع والمصير، من آل الشيء يؤول إلى كذا، أي رجع وصار إليه.

فالمآل هو الحال الذي يصير إليه الشئ أو الآثار والنتائج المترتبة عليه.

أما في الاصطلاح فالنظر في مآلات الأفعال:

هو الحكم على الفعل بنتائجه وآثاره دون النظر إلى حكمه الأصلي.

قال الشاطبي: "النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعا كانت الأفعال موافقة أو مخالفة.

وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين

---

(١) المرجع السابق: ٤/ ١٩٤.

(٢) مفردات ألفاظ القرآن: ص٩٩، لسان العرب: ١١/ ٣٢.

بالإقدام أو الإحجام ، إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل "[1] .

فالفعل قد يكون مشروعا لمصلحة فيه تستجلب أو لمفسدة تدرأ ، ولكن له مآل على خلاف ما قصد فيه ، وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه أو مصلحة تندفع به ، ولكن له مآل على خلاف ذلك .

فإذا أطلق القول في الأول بالمشروعية فربما أدى استجلاب المصلحة فيه إلى مفسدة تساوي المصلحة أو تزيد ، فلا يصح إطلاق القول بعدم المشروعية .

وكذلك إذا أطلق القول في الثاني بعدم المشروعية ، ربما أدى استدفاع المفسدة إلى مفسدة تساوي أو تزيد ، فلا يصح إطلاق القول بعدم المشروعية[2] .

وبما أن الشريعة وضعت لمصالِح العباد ، كان مناط التكليف إما لجلب مصلحة أو لدرء مفسدة ، أو لهما معا .

قال الغزالي[3] : " ونحن نعلم أن دفع الضرر مقصود شرعا "[4] .

---

(١) الموافقات : ٤/ ١٩٤ .

(٢) المرجع السابق : ٤/ ١٩٤ ١٩٥ .

(٣) الغزالي : محمد بن محمد الغزالي ، أبو حامد ، حجة الإسلام ، وأشهر الأعلام ، برع في المذهب الشافعي والخلافيات ، والجدل والأصلين والمنطق ، والحكمة والفلسفة ، وصفه شيخه إمام الحرمين بأنه بحر يقذف ، تولى تدريس النظامية ببغداد ، زهد في آخر عمره ، وتجرد للعبادة سنة ٤٨٨هـ من تآليفه : الوسيط ، والوجيز ، والمستصفى ، والمنخول ، وشفاء الغليل في بيان مسائل التعليل . وإحياء علوم الدين ، ولد سنة ٤٥٠هـ وتوفي سنة ٥٠٥هـ بطوس . انظر : وفيات الأعيان : ٤/ ٢١٦ ، طبقات السبكي : ٦/ ١٩١ ، الأعلام : ٧/ ٢٤٧ .

(٤) المستصفى : ١/ ٣٠٧ .

والحكم الشرعي قد يتغير بناء على تغير المناط وهو النتيجة أو المآل المقصود أو الممنوع شرعا .

فينبغي على المجتهد قبل أن يطبق الحكم على أفعال أو تصرفات المكلفين أن ينظر في نتائج تلك الأفعال ، وما تؤول إليه تلك التصرفات ، واضعا نصب عينيه مقاصد الشرع وقواعده العامة وما ينتجه الفعل من واقع جديد يستدعي حكما جديدا .

ويكون الحكم تبعا للظروف والملابسات والأحوال التي أنتجها ذلك الفعل ، لتحقيق المناط الخاص- وهو ما يتعلق بشخص معين - لمعرفة ما يناسبه وما ينطبق عليه من الأحكام الشرعية وفق ظروفه وطبيعته الشخصية وأحواله .

وقد قرر العلماء أن الحكم يقدر زمانا ومكانا وشخصا ونتيجة .

وقد عقد الإمام ابن القيم فصلا لهذا المعنى في كتابه إعلام الموقعين سماه : " تغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد " وقال فيه :

" هذا فصل عظيم النفع جدا ، وقد وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة أوجب من الحرج والمشقة وتكليف ما لا سبيل إليه ، ما يعلم أن الشريعة الباهرة التي في أعلى رتب المصالح لا تأتي به .

فإن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد ، وهي عدل كلها ، ورحمة كلها ، ومصالح كلها ، وحكم كلها .

فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور ، وعن الرحمة إلى ضدها ، وعن المصلحة إلى المفسدة ، وعن الحكمة إلى العبث ، فليست من الشريعة ، وإن أدخلت فيها بالتأويل "[1] .

والنظر في المآلات مضبوط بضوابط وقواعد شرعية تحقق هذا النظر وفق مقاصد الشارع ، ومنها مراعاة الخلاف بعد وقوع الفعل .

أدلة اعتبار النظر في المآلات :

الاستدلال لنظرية المآل هو استدلال لمراعاة الخلاف للعلاقة الوثيقة بينهما ، وقد جعل الإمام الشاطبي النظر في مآلات الأفعال أصلا ، ومراعاة الخلاف قاعدة متفرعة عنه فقال :

" وهذا الأصل - النظر في مآلات الأفعال - ينبني عليه قواعد ، ومنها قاعدة مراعاة الخلاف "[2] .

والنظر في مآلات الأفعال من الأدلة القطعية ، والأصول الثابتة في الشريعة الإسلامية ومستند الاجتهاد التطبيقي للفقه الواقعي .

قال الشاطبي : " النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعا ، كانت الأفعال موافقة أو مخالفة ... وهو جار على مقاصد الشريعة "[3] .

وقد ساق الإمام الشاطبي ثلاثة أدلة عامة على مشروعية النظر في المآلات :

---

(١) أعلام الموقعين لابن القيم : ١/ ٢٧٥ .

(٢) الموافقات : ٤/ ١٤٦ .

(٣) المرجع السابق : ٤/ ١٩٤ .

أحدها: التكاليف ... مشروعة لمصالح العباد، ومصالح العباد إما دنيوية، وإما أخروية.

أما الأخروية: فراجعة إلى مآل المكلف في الأخرى، ليكون من أهل النعيم لا من أهل الجحيم.

وأما الدنيوية: فإن الأعمال -إذا تأملتها- مقدمات لنتائج المصالح، فإنها أسباب لمسببات هي مقصودة للشارع، والمسببات هي مآلات الأسباب، فاعتبارها في جريان الأسباب مطلوب، وهو معنى النظر في المآلات.

الثاني: إن مآلات الأعمال، إما أن تكون معتبرة شرعا، أو غير معتبرة، فإن اعتبرت فهو المطلوب، وإن لم تعتبر أمكن أن يكون للأعمال مآلات مضادة لمقصود تلك الأعمال.

وذلك غير صحيح، لما تقدم من أن التكاليف لمصالح العباد، ولا مصلحة تتوقع مطلقا مع إمكان وقوع مفسدة توازيها أو تزيد.

وأيضا: فإن ذلك يؤدي إلى أن لا نطلب مصلحة بفعل مشروع، ولا نتوقع مفسدة بفعل ممنوع، وهو خلاف وضع الشريعة.

الثالث: الأدلة الشرعية والاستقراء التام، يدلان أن المآلات معتبرة في أصل المشروعية كقوله تعالى: **﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾**[1].

---

(١) البقرة / ١٨٣.

وقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الأَلْبَابِ﴾[1] .

أما الأدلة الخاصة لاعتبار مآلات الأفعال فكثيرة وهي أدلة تحقيق المناط الخاص، حيث يكون الفعل مشروعا في الأصل، ويمنع منه لنتائجه الفاسدة، أو ممنوعا يسمح به لمصلحة، وكذلك أدلة سد الذرائع وأدلة رفع الحرج والتيسير في الشريعة.

ومن هذه الأدلة:

قوله تعالى: ﴿وَلا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾[2] .

فقد نهى عن فعل مشروع لأنه يؤدي إلى مفسدة.

قال الإمام البيضاوي[3] : "وفيه دليل على أن الطاعة إذا أدت إلى معصية راجحة، وجب تركها، فإن ما يؤدي إلى الشر شر"[4] .

وقال تعالى: ﴿وَلا يَضْرِبْنَ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِن زِينَتِهِنَّ﴾[5] .

---

(١) البقرة/ ١٧٩ .

(٢) الأنعام/ ١٠٨ .

(٣) البيضاوي: عبد الله بن عمر بن محمد بن علي الشيرازي أبو سعيد أو أبو الخير، ناصر الدين، القاضي البيضاوي نسبة إلى قرية يقال لها البيضاء من عمل شيراز بفارس وهو من كبار علماء الشافعية، له مؤلفات كثيرة منها: تفسيره المشهور أنوار التنزيل وأسرار التأويل، ومنها منهاج الوصول إلى علم الأصول، توفي سنة ٦٨٥هـ أو سنة ٦٩١هـ. انظر: طبقات الأسنوي: ١/ ٢٨٣، طبقات السبكي: ١/ ١٥٧، الأعلام: ٤/ ٢٤٨ .

(٤) أنوار التنزيل وأسرار التأويل للبيضاوي: ص١٧٨ .

(٥) النور/ ٣١ .

فالضرب مأذون في ذاته ، ولما كان قد يؤدي إلى الكشف عن مواضع الزينة منهن فتثير دواعي الشهوة من الرجال فتتولد الفتنة منع ونهى الله عنه .

وقال النبي ﷺ لعائشة رضي الله عنها : «لولا حداثة عهد قومك بالكفر لنقضت البيت ثم لبنيته على أساس إبراهيم عليه السلام»[١] .

فنقض الكعبة وردها إلى ما كانت عليه من قواعد إبراهيم -عليه السلام- مصلحة ولكن تعارضه مفسدة أعظم منه ، وهي خوف فتنة بعض من أسلم قريبا .

وذلك لما كانوا يعتقدونه من فضل الكعبة ، فيرون تغييرها أمرا عظيما ، فتركها صلى الله عليه وسلم .

ومثله امتناع النبي صلى الله عليه وسلم عن قتل المنافقين ، وعلل ذلك بقوله لعمر بن الخطاب : «معاذ الله ، أن يتحدث الناس أني أقتل أصحابي»[٢] .

فقتل المنافقين مصلحة ظاهرة امتنع النبي صلى الله عليه وسلم عن فعلها ، لأن المنافقين ظاهرهم الإسلام ، ولو قتلهم لقال الذين لا يعلمون

---

(١) أخرجه البخاري في الحج باب : فضل مكة وبنيانها (رقم : ١٥٠٨) ، وفي العلم ، باب : من ترك بعض الاختيار مخافة أن يقصر فهم بعض الناس عنه فيقعوا في أشد منه (رقم : ١٢٦) ، ومسلم في الحج باب : نقض الكعبة وبنائها (رقم : ١٣٣٣) ، ومالك في الحج باب : ما جاء في بناء الكعبة .

(٢) أخرجه مسلم في الزكاة باب : ذكر الخوارج وصفاتهم (رقم : ١٠٦٣) ، وأحمد في مسنده : ٣/ ٣٥٣ .

حقيقتهم : إن النبي ﷺ قتل أصحابه المسلمين ، فيمتنع الناس عن الإسلام .

وقوله صلى الله عليه وسلم : «لا تقطع الأيدي في الغزو»[١] .

قال ابن القيم : " فهذا حد من حدود الله تعالى ، وقد نهى عن إقامته في الغزو خشية أن يترتب عليه ما هو أبغض إلى الله من تعطيله أو تأخيره ، من لحوق صاحبه بالمشركين حمية وغضبا ، كما قال عمر وأبو الدرداء[٢] وحذيف[٣] وغيرهم "[٤] .

وكتب عمر بن الخطاب رضي الله عنه : " أن لا يجلدن أمير جيش ولا

---

(١) أخرجه الترمذي في الحدود باب : ما جاء أن لا تقطع الأيدي في الغزو (رقم : ١٤٥٤) ، وقال : هذا حديث غريب ، والدارمي في سننه : ٢/ ٢٣١ .

(٢) أبو الدرداء : عويمر بن زيد بن قيس ، الإمام القدوة ، وحكيم هذه الامة ، أسلم يوم بدر وشهد أحداً ، ولي القضاء بدمشق في عهد عثمان بن عفان وتصدر الإقراء فيها ، توفي سنة ٣٢هـ ، يروى له مائة وتسعة وسبعون حديثا . انظر : أسد الغابة : ٦١/ ٩٧ ، تذكرة الحفاظ : ١/ ٢٤ ، معرفة القراء : ص٣٨ ، طبقات القراء : ١/ ٦٠٦ ، تهذيب التهذيب : ٨/ ١٧٥ .

(٣) حذيفة : أبو عبد الله بن اليمان ، ، حليف بني عبد الأشهل من الأنصار ، أصله من اليمن ، أسلم حذيفة وأبواه ، وهاجر إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وشهد أحدا فقتل أبوه يومئذ ، وشهد الخندق وما بعدها ، وكان حذيفة صاحب سر رسول الله ﷺ في المنافقين يعلمهم وحده ، فتح حذيفة الري وهمذان والدينور ، وشهد فتح الجزيرة ، وولاه عمر المدائن فتوفى فيها سنة ٣٦هـ . انظر : الإصابة : ١/ ٣١٧ ، الاستيعاب : ١/ ٣٧٧ ، تهذيب الأسماء : ١/ ١٥٤ ، حلية الأولياء : ١/ ٢٧٠ .

(٤) اعلام الموقعين : ٣/ ٥-٧ .

سرية رجلا من المسلمين حدا وهو غاز ، حتى يقطع الدرب قافلا ، لئلا تلحقه حمية الشيطان فيلحق بالكفار "[1] .

وكذلك ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال : قام أعرابي فبال في المسجد فتناوله الناس فقال لهم النبي ﷺ : «دعوه وهريقوا على بوله سجلا من ماء -أو ذنوبا من ماء -فإنما بعثتم ميسرين ، ولم تبعثوا معسرين»[2] .

فإن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بتركه حتى يتم بوله ، لأنه لو قطع بوله لنجست ثيابه وبدنه ، ولحدث عليه من ذلك داء في بدنه .

فترجح جانب تركه -على ما فعل من المنهي عنه -على قطعه بما يدخل عليه من الضرر ، وبأنه ينجس موضعين ، وإذا ترك فإن الذي ينجس موضع واحد ، وهذا نظرا إلى ما يؤول إليه الحكم بالإبطال من إفضائه إلى مفسدة توازي مفسدة النهي أو تزيد .

و كذلك جمع المصحف واطراح بعض القراءات التي كانت زمن

---

(١) المغني لابن قدامة : ٩/ ٢٩٩ .

(٢) أخرجه البخاري في الوضوء باب : ترك النبي صلى الله عليه وسلّم الأعرابي حتى فرغ من بوله في المسجد (رقم : ٢١٦) وباب : صب الماء على البول في المسجد (رقم : ٢١٧) ، ومسلم في الطهارة باب : وجوب غسل البول وغيره من النجاسات إذا حصلت في المسجد وأن الأرض تطهر بالماء من غير حاجة إلى حفرها (رقم : ٢٨٤) ، وأحمد : ٢/ ٢٣٩ ، وأبو داود في الطهارة باب : الأرض يصيبها البول ، والترمذي في الطهارة باب : ما جاء في البول يصيب الأرض .

الرسول ﷺ لأنها تؤدي إلى الافتتان بكتاب الله ، كما قال حذيفة لعثمان بن عفان : "أدرك هذه الأمة قبل أن تختلف في كتاب ربها ، كما اختلف اليهود والنصارى "[1] .

مع أن اختلاف القراءات فيه تسهيل على قبائل العرب لاختلاف لغاتها ، إلا أنه عرض في إباحة ذلك بعد زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم فتح لباب الاختلاف في القرآن ... ... فخاف الصحابة رضوان الله عليهم اختلاف الأمة في كتاب الله ، فقصروا الناس على ما ثبت منها في مصاحف عثمان رضي الله عنه واطرحوا ما سوى ذلك[2] .

وغير ذلك من اجتهادات الصحابة التي راعوا فيها مآلات الأفعال .

وهذا معنى مراعاة الخلاف ، فهي تعني ترك العمل بدليل راجح في حالة من حالاته ، لأنه يؤدي تطبيقه إلى مفسدة تفوق مفسدة ترك العمل به .

ومما تقدم يتبين لنا أنه يوجد بين مراعاة الخلاف والنظر في المآلات عموم وخصوص مطلق[3] ، لأن مراعاة الخلاف باعتبار التيسير وتغير الأحكام وتجديد الاجتهادات مآلات ، فكل مراعاة للخلاف مراعاة للمآل ، وليس

---

(١) أخرجه الترمذي في تفسير القرآن باب : قوله تعالى : ﴿لقد جاءكم رسول من أنفسكم﴾ (رقم : ٣١١٣) ، وانظر : البرهان في علوم القرآن : ١/ ٢٣٦ ، والإتقان للسيوطي : ١/ ٥٩ .

(٢) الاعتصام : ١/ ٢٣٧-٢٣٨ .

(٣) العموم والخصوص المطلق أن يصدق أحد الكليين على جميع أفراد الآخر دون العكس ، فيكون أحد الكليين أعم مطلقا والآخر أخص مطلقا .

كل مراعاة للمآلات مراعاة للخلاف .

فهما يجتمعان في مراعاة الخلاف ، وتنفرد اعتبار المآلات فيما سوى مراعاة الخلاف .

فقد يترجح حكم شرعي في نظر المجتهد يقتضي المنع من الفعل ، وهو الراجح عنده لقوة أدلته ، ويعتبر ما ذهب إليه المجتهد المخالف بجواز ذلك الفعل مرجوحا .

فإذا أوقع المكلف الفعل الممنوع في نظر المجتهد الأول ، فإما أن يرتب عليه نتائج وآثار الحكم بالمنع ، أو يحكم له بالجواز ولازمه مراعاة للقول المرجوح .

فلو حكم بالقول الأول الراجح فلربما أدى ذلك إلى مفسدة أكبر من اعتبار أو إعمال الرأي المرجوح ، فيترك المجتهد الرأي الراجح ويعمل القول المرجوح الذي أصبح راجحا بعد وقوع الفعل لاقترانه بقرائن رجحت جانبه .

قال الشاطبي : " فمن واقع منهيا عنه فقد يكون فيما يترتب عليه من الأحكام زائدا على ما ينبغي بحكم التبعية لا بحكم الأصالة ، أو مؤديا إلى أمر أشد عليه من مقتضى النهي ، فيترك وما فعل من ذلك ، أو يجيز ما وقع من الفساد على وجه يليق بالعدل نظرا إلى أن ذلك الواقع واقع المكلف فيه دليلا على الجملة ، وإن كان مرجوحا فهو راجح بالنسبة إلى إبقاء الحالة على ما وقعت عليه ، لأن ذلك أولى من إزالتها مع دخول ضرر على الفاعل أشد

من مقتضى النهي .

فيرجع الأمر إلى أن النهي كان دليله أقوى قبل الوقوع ، ودليل الجواز أقوى بعد الوقوع لما اقترن من القرائن المرجحة كما وقع التنبيه عليه في حديث تأسيس البيت على قواعد إبراهيم ، وحديث قتل المنافقين وحديث البائل في المسجد "[1] .

مثاله استحقاق المرأة المهر ، وكذا الميراث عند الإمام مالك رحمه الله فيمن تزوجت بغير ولي .

فالنكاح فاسد عنده ، لكنه لما نظر فيما يترتب على الفعل بعد الوقوع راعى مذهب أبي حنيفة الذي لم يشترط الولي في النكاح .

فالمكلف واقع دليلا على الجملة وإن كان مرجوحا إلا أن التفريع على البطلان الراجح في نظره يؤدي إلى ضرر ومفسدة أقوى من مقتضى النهي ، وهذا مبني على مراعاة المآل في نظر الشارع .

فيقر المجتهد فعلا حصل على الوجه المنهي عنه على حساب القول الراجح عنده ، ويعطيه بعد الوقوع حكما مخالفا للحكم الأصلي الذي كان قبل الوقوع ، وهذا نظر من المجتهد إلى المآل وتفريع على القول المرجوح باجتهاد ونظر جديدين .

ولولا المآل الطارئ بعد الوقوع ما كان له أن يفرع على القول المرجوح وهو يعتقد ضعفه .

(١) الموافقات : ٤/ ١٤٧ .

ولأن ارتكاب المكلف للفعل المنهي عنه لا يكون سببا في الحيف عليه بزائد على ما شرع له من الزواجر أو غيرها ، لأن العدل هو المطلوب، ويصح إقامة العدل مع عدم الزيادة ، فالزاني يقام عليه الحد الذي حده الشارع ولا يزاد عليه لأنه ظلم له ، وكونه جانيا لا يبيح أن يجنى عليه أكثر من الحد الموازي لجنايته ، فلا يؤمر بإسكان المزني بها مدة الاستبراء، ولا بنفقتها، ولا بإرضاع ولدها من الزنا ونفقته وهكذا ، لأن هذه زيادة على الحد.

إلى غير ذلك من الأمثلة الدالة على منع التعدي أخذا من قوله تعالى : ﴿فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [1].

ثم إن القول المرجوح ترجح بدليل عام من جهة قصد المكلف إلى موافقة قصد الشارع في الجملة.

قال الشاطبي : "العامل بالجهل مخطئا في عمله ، له نظران :

نظر من جهة مخالفته للأمر والنهي ، وهذا يقتضي الإبطال.

ونظر من جهة قصده إلى الموافقة في الجملة لأنه داخل مداخل أهل الإسلام ومحكوم له بأحكامهم، وخطؤه أو جهله لا يجني عليه أن يخرج به عن حكم أهل الإسلام ، بل يتلافى له حكم يصحح له به ما أفسده بخطئه وجهله.

---

(١) البقرة / ١٩٤ .

وهكذا لو تعمد الإفساد لم يخرج بذلك عن الحكم له بأحكام الإسلام، لأنه مسلم لم يعاند الشارع بل اتبع شهوته غافلا عما عليه في ذلك، ولذلك قال تعالى: ﴿إِنَّمَا التَّوْبَةُ عَلَى اللَّهِ لِلَّذِينَ يَعْمَلُونَ السُّوءَ بِجَهَالَةٍ﴾[1].

وقالوا: إن المسلم لا يعصي إلا وهو جاهل، فجرى عليه حكم الجاهل، إلا أن يترجح جانب الإبطال بالأمر الواضح، فيكون إذ ذاك جانب التصحيح ليس له مآل يساوي أو يزيد، فإذ ذاك لا نظر في المسألة، مع أنه لم يترجح جانب الإبطال إلا بعد النظر في المآل وهو المطلوب[2].

وهذا ما قصده الإمام مالك رحمه الله بقوله: "ما كان من جور بين أو خطأ بين لم يختلف الناس في خطئه فإنه يرد"[3] مفهومه أنه إذا اختلف فيه العلماء فإنه يصحح ولا يرد.

وقريب من هذا ما قاله ابن العربي في عواصمه فيمن وقع في ورطة من يمين: "ينبغي للفقيه المجتهد إذا جاءه من وقع في الورطة من يمين، أن يخلصه بمسألة ظاهرة بين الصحابة والتابعين إذا رأى أنه إن لم يخلصه بها وقع في أشد منها، وهو أن يستهين بالمسألة ويقتحم فيها ما لا يجوز.

فالأفضل للمفتي أن يفتح له بابا ويمشي به على طريق، فإنه إن سد عليه باب الشرع فتح هو إلى الحنث بابا يقتحمه، وأخذ في طريق من المعصية

---

(١) النساء / ١٧.

(٢) الموافقات: ٤/ ١٤٨.

(٣) البيان والتحصيل: ٤/ ٢٧٠.

يسلكه ، ويرى أنه قد وقع في ورطة فلا يبالي ما صنع بعد ذلك.

وهذه سيرة العلماء المتقدمين وطريقة الأخيار الراسخين، فقد كان مالك رضوان الله عليه يفتي بأن من قال: إن تزوجت فلانة فهي طالق أنها تطلق عليه إذا تزوجها، فلما سأل المخزومي[1] عنها له أو لغيره ، قال: لا شيء عليه.

وكذلك كان ابن القاسم يفتى فيمن حلف بالمشي إلى مكة فحنث ، أنه يلزمه المشي إليها ، فلما وقعت المسألة لولده أفتاه بمذهب عائشة رضي الله عنها ، أنه يجزيه كفارة يمين مخافة أن يكلفه المشي فلا يفعله ، فيستهين أيضا بها ، فأراد أن يخرجه عنها ، ويحتمل أن يكون رأى ذلك ابن القاسم فقال له ما رأى والله أعلم "[2] .

وذكر المقري قاعدة بهذا المعنى وهي: "إذا وجب مخالفة أصل أو قاعدة وجب تقليل المخالفة ما أمكن "[3] .

أي: تقليل مفسدة المخالفة التي استثنيت من القاعدة العامة نظرا للواقع الجديد والظرف الطارئ ، لقوله تعالى: ﴿فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ

(١) المخزومي: المغيرة بن عبد الرحمن المخزومي ، الإمام الفقيه أحد من دارت عليه الفتوى بالمدينة بعد مالك ، الثقة الأمين ، سمع أباه وهشاما وعروة وأبا الزناد ، وعنه أخذ جماعة ، خرّج له البخاري ، ولد سنة ١٣٤ هـ وتوفي سنة ١٨٨هـ. انظر: ترتيب المدارك: ٣/ ٢ ، شجرة النور الزكية: ص٥٦ .

(٢) العواصم من القواصم: ص٥٠٠ .

(٣) القواعد للمقري: ٢/ ٥٠٢ .

إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾[1] وقوله: ﴿فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾[2].

ومثل المقري لهذه القاعدة بقوله: "كإجبار الجار على إرسال فضل مائه على جاره الذي انهدمت بئره وله زرع يخاف عليه.

فإن المالكية، اختلفوا، هل ذلك بالثمن أو بدونه؟ والثمن أقرب إلى الأصل وأجمع بين القاعدتين"[3].

وقال أيضا: "وقوع الشيء في غير محله كالعدم، إلا أن يراعى الخلاف أو غيره، كقول مالك فيمن بدأ بالحاضرة قبل ما يجب ترتيبها معه من الفوائت: أنه إن كان ناسيا أعاد في الوقت"[4].

الدليل الثالث:

وذلك أن الخلاف الذي راعاه المجتهد كان مرجوحا في نظره قبل وقوع الحادثة، ولكن بعد الوقوع يتقوى الدليل المرجوح بقرائن ومسوغات أهمها رفع الحرج، وإزالة الضرر، والتيسير على المكلف الذي باشر ذلك الفعل.

قال الشاطبي: "دليل الجواز أقوى بعد الوقوع لما اقترن به من القرائن

---

(١) البقرة / ١٧٣ .

(٢) المائدة / ٣ .

(٣) القواعد للمقري ٢/ ٥٠٢-٥٠٣ .

(٤) المرجع السابق: ٢/ ٤٣٣ .

المرجحة "[1].

ورفع الحرج ونفي المشقة من مقاصد الشارع ، والنصوص التي تدل على ذلك كثيرة ، منها قوله تعالى : ﴿وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَالأَغْلالَ الَّتِي كَانَتْ عَلَيْهِمْ﴾[2] وقوله : ﴿رَبَّنَا وَلا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إِصْراً كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِنَا﴾[3] وفي الحديث : «قال الله تعالى : قد فعلت »[4] وقوله تعالى : ﴿لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلاَّ وُسْعَهَا﴾[5] وقوله : ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾[6] وقوله : ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾[7] وقوله : ﴿يُرِيدُ اللَّهُ أَن يُخَفِّفَ عَنكُمْ وَخُلِقَ الإِنسَانُ ضَعِيفاً﴾[8].

وقال النبي ﷺ : «بعثت بالحنيفية السمحة »[9].

وغيرها من الأدلة .

---

(١) الموافقات : ٤/ ١٤٧ .

(٢) الأعراف / ١٥٧ .

(٣) البقرة / ٢٨٦ .

(٤) رواه مسلم في الإيمان باب : تجاوز الله تعالى عن حديث النفس .

(٥) البقرة / ٢٨٦ .

(٦) البقرة / ١٨٥ .

(٧) الحج / ٧٨ .

(٨) النساء / ٢٨ .

(٩) هذا جزء من حديث رواه الإمام أحمد عن أبي أمامة مرفوعا وأوله : « إني لم أبعث باليهودية ولا بالنصرانية ، ولكني بعثت بالحنيفية السمحة» ورواه أيضا عن عائشة رضي الله عنها بلفظ : «لتعلم يهود أن في ديننا فسحة ، أني أرسلت بحنيفية سمحة» ورواه أيضا عن ابن عباس رضي الله عنهما بلفظ : «أحب الدين إلى الله الحنيفية السمحة» ورواه البخاري في صحيحه معلقا وفي الأدب المفرد موصولا .
انظر : مسند الإمام أحمد : ٥/ ٢٦٦ ، ٦/ ١١٦-٢٣٣ ، ١/ ٢٣٦ ، =

الدليل الرابع :

المجتهد في مراعاة الخلاف يراعي دليلا كان مرجوحا في الأصل إلا أنه أحاطت به قرائن وملابسات كثيرة فارتقى إلى درجة الراجح لتحقيق المناط الخاص ، والعمل بالراجح واجب حكما وفقها عند جمهور العلماء .

قال الطرطوشي[(١)] : "وقد أجمع السابقون على وجوب العمل بالراجح في مسالك الظنون ولم ينكر إلا من شذ "[(٢)] .

وحكى الإجماع على هذا كثير من الأصوليين[(٣)] .

= صحيح البخاري مع فتح الباري : ١/ ٨٦ ، فيض القدير شرح الجامع الصغير للمناوي : ٣/ ٢٠٣ ، كشف الخفا ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس للعجلوني : ١/ ٢٥١-٣٤٠ .

(١) الطُرْطُوشي : أبو بكر محمد بن الوليد الفهري الطرطوشي ، يعرف بابن أبي رندقة ، نشأ بطرطوشة -بضم الطائين -ورحل لطلب العلم في أقطار الأندلس ، وصحب أبا الوليد الباجي وأخذ عنه مسائل الخلاف ، وكان يميل إليها ، وتفقه به ، ثم رحل للمشرق ، فدخل بغداد والبصرة ، فأخذ عن أبي بكر الشاشي وغيره ، له تآليف منها : سراج الملوك ، الحوادث والبدع ، شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني ، رسالة في تحريم الجبن الرومي ، توفي بالإسكندرية سنة ٥٢٠هـ. انظر : شجرة النور : ص١٢٤ ، الفكر السامي : ٢/ ٢٥٦ ، سير أعلام النبلاء : ١٩/ ٤٩٠ ، وفيات الأعيان : ٤/ ٢٦٢ ، معجم المؤلفين : ١٢/ ٩٦ .

(٢) التوضيح في شرح التنقيح للقرافي : ص٣٧٥ .

(٣) انظر : شرح العضد على مختصر المنتهى لابن الحاجب : ٢/ ٣٠٩ ، جمع الجوامع : ٢/ ٣٦١ ، نهاية السول : ٣/ ٢١٢ ، الإحكام في أصول الأحكام للآمدي : ٤/ ٣٢١ ، المحصول للرازي : ٢/ ٥٢٩ ، المستصفى : ٢/ ٣٩٤ ، فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت : ٢/ ٢٠٤ ، تيسير التحرير لمحمد أمين المعروف بأمير باده شاه : ٣/ ١٥٣ ، البرهان : ٢/ ١١٤٢ ، شرح التنقيح ص٤٢٠ ، كشف الأسرار : ٤/ ٧٦ ، إرشاد الفحول : ص٢٧٣-٢٧٦ .

قال الشوكاني[1] : "وهذا متفق عليه ولم يخالف في ذلك إلا من لا يعتد به ، ومن نظر في أحوال الصحابة والتابعين وتابعيهم ومن بعدهم ، وجدهم متفقين على العمل بالراجح وترك المرجوح "[2] .

واستدل الجمهور بما يلي:

١- تقرير النبي ﷺ لمعاذ رضي الله عنه حين بعثه إلى اليمن قاضيا على ترتيب الأدلة وتقديم بعضها على بعض ، مما يدل على اعتبار الترجيح والعمل بالراجح[3] .

فقد روي عن معاذ رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما بعثه إلى اليمن قال : «كيف تقضي إذا عرض لك قضاء » قال : أقضي بكتاب الله . قال : » فإن لم تجد في كتاب الله؟ « قال : فبسنة رسول الله ﷺ ، قال : فإن لم تجد في سنة رسول الله ﷺ ولا في كتاب الله ، قال : أجتهد رأيي ولا آلو . فضرب رسول الله ﷺ صدره وقال : «الحمد لله الذي وفق رسول

(١) الشوكاني : أبو عبد الله محمد بن الشوكاني الخولاني ، ثم الصنعاني ، عالم مشارك في الحديث والتفسير والفقه والأصول والنحو إلى جانب عدد من العلوم الأخرى ، ولد بهجرة شوكان في اليمن ونشأ بصنعاء ، قرأ على والده وكثير من علماء بلده ، وأفتى وهو في العشرين من عمره ، وولي القضاء في صنعاء حتى توفي في سنة ١٢٥٠هـ. انظر : هدية العارفين بأسماء المؤلفين : ٢/ ٣٦٥ ، الأعلام : ٦/ ٢٩٨ ، معجم المؤلفين : ١١/ ٥٣ .

(٢) إرشاد الفحول : ص٢٧ .

(٣) انظر : الإحكام للآمدي : ٤/ ٣٢١ .

رسول الله لما يرضي رسول الله»[1] .

٢- إجماع الصحابة والسلف على وجوب العمل بالحديث الراجح ، فقد رجحوا خبر أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها في التقاء الختانين : «إذا التقى الختانان فقد وجب الغسل ، فعلته أنا ورسول الله صلى الله عليه وسلم فاغتسلنا»[2] على حديث أبي هريرة رضي الله عنه وهو قوله صلى الله عليه وسلم : «إنما الماء من الماء)»[3] أي إنما الغسل من المني .

ووجه الترجيح أن أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم أعلم بفعله من الرجال الأجانب ، فلو لم يجب الترجيح والعمل بالراجح ما قدمت الصحابة خبر عائشة على خبر أبي هريرة .

وكذلك قدم الصحابة خبر عائشة رضي الله عنها : « أن رسول الله ﷺ

---

(١) أخرجه أبو داود في الأقضية باب : اجتهاد الرأي في القضاء واللفظ له (رقم : ٣٥٩٢) ، والترمذي في كتاب الأحكام : باب : ما جاء في القاضي يصيب ويخطئ (رقم : ١٣٢٠) ، وقال : "هذا حديث لا نعرفه إلا من هذا الوجه ، وليس إسناده بمتصل عندي" .

(٢) أخرجه مسلم في الحيض باب : نسخ الماء من الماء ووجوب الغسل بالتقاء الختانين (رقم : ٣٤٨) ، والإمام مالك في الطهارة باب : واجب الغسل إذا التقى الختانان ، والإمام أحمد : ٦/ ٩٧ .

(٣) رواه مسلم في الطهارة باب : إنما الماء من الماء (رقم : ٣٤٣) ، وأبو داود في الطهارة باب : في الإكسال (رقم : ٢١٥) .

كان يصبح جنبا وهو صائم»[1] على حديث أبي هريرة رضي الله عنه أنه كان يقول: «لا ورب الكعبة ما أنا قلت: من أصبح وهو جنب فليفطرْ، محمد ﷺ قاله»[2].

لكونها أعرف بحال النبي صلى الله عليه وسلم من غيرها من الرجال الأجانب[3].

ومن صور الدليل على وجوب العمل بالراجح: أن أبا بكر رضي الله عنه قبل خبر المغيرة بن شعبة[4]: "في أن ميراث الجدة السدس" لموافقة محمد بن مسلمة له[5]: وهو أن النبي صلى الله عليه وسلم أطعمها

---

(١) أخرجه الإمام مالك في الصيام باب: ما جاء في صيام الذي يصبح جنبا في رمضان، والبخاري في الصوم باب: الصائم يصبح جنبا (رقم: ١٨٢٥)، ومسلم في الصيام باب صحة صوم من طلع عليه الفجر وهو جنب (رقم: ١١٠٩).

(٢) أخرجه الإمام أحمد: ٢/ ٣١٤، وذكره البخاري معلقا في الصيام باب: الصائم يصبح جنبا.

(٣) الإحكام في أصول الأحكام: ٤/ ٣٢١، المحصول: ٢/ ٥٣٠.

(٤) المغيرة بن شعبة: أبو عبد الله بن أبي عامر بن مسعود الثقفي الكوفي، أسلم عام الخندق وكان موصوفا بالدهاء، وشهد الحديبية وولاه عمر بن الخطاب على البصرة مدة ثم نقله إلى الكوفة واليا، وأقره عثمان عليها ثم عزله، شهد اليمامة وفتح الشام، وذهبت عينه يوم اليرموك، وشهد القادسية وفتح نهاوند واعتزل الفتنة بعد قتل عثمان ثم استعمله معاوية على الكوفة حتى توفي بها سنة ٥٠هـ وقيل ٥١هـ.
انظر: الإصابة: ٣/ ٤٥٣، الاستيعاب: ٣/ ٣٨٨، تهذيب الأسماء: ٢/ ١٠٩.

(٥) محمد بن مسلمة: أبو عبد الرحمن بن سلمة الأوسي الأنصاري الحارثي المدني وهو ممن سمي في الجاهلية محمدا، ولد قبل البعثة بإثنين وعشرين سنة، أسلم على يد مصعب بن عمير، وصحب النبي صلى الله عليه وسلم، وشهد بدرا وما=

السدس[1] .

فجعل لها الصديق السدس ، ورجحه على ما روي عن ابن عباس[2] أنها بمنزلة الأم التي تدلي بها ، فقامت مقامها ، كالجد يقوم مقام الأب .

ومن صور العمل بالراجح أن عمر بن الخطاب قبل خبر أبي موسى في الاستئذان عندما وافقه أبو سعيد الخدري[3] في الرواية[4] .

= بعدها إلا تبوك فإنه تخلف بإذن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وكان من فضلاء الصحابة ، واعتزل الفتن فلم يشهد الجمل وصفين ، وتولى مهمات كثيرة من رسول الله ﷺ وعمر ، سكن الربدة بعد قتل عثمان ثم مات بالمدينة سنة ٤٦هـ وقيل غير ذلك . انظر : الإصابة : ٣/ ٣٨٣ ، الاستيعاب : ٣/ ٣٣٦ ، تهذيب الأسماء : ١/ ٩٢ .

(١) أخرجه أبو داود في كتاب الفرائض باب : في الجدة (رقم : ٢٨٩٤) ، والترمذي في كتاب الفرئض باب : ما جاء في ميراث الجدة (رقم : ٢١٠٥) بسنده من طريق ابن عينية ومالك ، وقال : " من طريق مالك أحسن وأصح من حديث ابن عينية .

(٢) ابن عباس : عبد الله بن عباس بن عبد المطلب ، أبو العباس ، الإمام البحر ترجمان القرآن ، ابن عم الرسول ﷺ ، ولد قبل الهجرة بثلاث سنين ، دعا له رسول الله ﷺ بالحكمة والتفقه في الدين ، و كان عمر وعثمان يدعوانه فيشير عليهما مع أهل بدر ، وكان يفتى في عهدهما ، توفي بالطائف سنة ٦٨هـ . انظر : أسد الغابة : ٣/ ٥٢٤ ، تهذيب الأسماء : ١/ ٣١٢ ، تذكرة الحفاظ : ١/ ٤٠ ، صفة الصفوة : ١/ ٤٤٦ .

(٣) أبو سعيد الخدري : سعد بن مالك الأنصاري الخزرجي ، من صغار الصحابة ، استصغر بأحد فلم يشهدها لكونه كان ابن ثلاث عشرة ، واستشهد بها أبوه ، وشهد ما بعدها من المشاهد ، وهو أفقه صغار الصحابة كما قال حنظلة بن أبي سفيان ، وهو من الذين بايعوا النبي ﷺ ، توفي رضي الله عنه سنة ٧٤هـ وقيل غير ذلك . انظر : الإصابة : ٣/ ٧٨ ، الاستيعاب : ٢/ ٦٠٢ ، أسد الغابة : ٢/ ٢٨٩ .

(٤) فقد روي عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أنه قال : كنا في مجلس عند أبي بن=

يقـول الغـزالـي : "إن الصـحـابة رضي الله عنـهم كـانـوا يرجـحـون بين الأدلة، ويقـدمـون بعض المصلحـة على بعض ، ويقـدمـون رواية أبي بكر الصديق على رواية معقل بن يسار وغيره ، ولا معنى للترجيح سواه "[1].

وقال إمام الحرمين[2] : "والدليل القاطع في الترجيح ، إطباق الأولين

= كعب فأتى أبو موسى الأشعري مغضبا حتى وقف فقال أنشدكم الله هل سمع أحد منكم رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : الاستئذان ثلاث ، فإن أذن لك وإلا فارجع قال أبي : وما ذاك؟ قال : أستأذنت على عمر ابن الخطاب أمس ثلاث مرات فلم يأذن لي فرجعت ثم جئته اليوم فدخلت عليه فأخبرته أني جئت أمس فسلمت ثلاثا ثم انصرفت قال قد سمعناك ونحن حينئذ على شغل، فلو أنك أستأذنت حتى يؤذن لك . قال : استأذنت كما سمعت رسول الله ﷺ قال : فوالله لأوجعن ظهرك وبطنك أو لتأتين بمن يشهد لك على هذا ، فقال : أبي بن كعب فوالله لا يقوم معك إلا أحدثنا سنا ، قم يا أبا سعيد ، فقمت حتى أتيت عمر فقلت : قد سمعت رسول الله ﷺ وسلم يقول هذا . أخرجه البخاري في كتاب الاستئذان باب : التسليم والاستئذان (رقم : ٥٨٩١) ، ومسلم في كتاب الآداب باب : الاستئذان (رقم : ٢١٥٣).

(١) المنخول من تعليقات الأصول للغزالي : ص٤٢٦-٤٢٧ .

(٢) إمام الحرمين : أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني النيسابوري الشافعي الأشعري الملقب بضياء الدين المعروف بإمام الحرمين ، من الفقهاء المتكلمين والأصوليين والمفسرين والأدباء ، قرأ الفقه على والده والأصول على أبي القاسم الإسكاف ، وتزود بأنواع العلوم من مشايخ عصره ، قعد للتدريس وهو دون العشرين ، تنقل في البلدان ، وانتهى به المطاف في نيسابور حيث توفي فيها سنة ٤٧٨هـ له تآليف منها : البرهان في أصول الفقه ، والورقات ، والغياثي ، والإرشاد إلى قواطع الأدلة في أصول الاعتقاد . انظر : طبقات الشافعية للسبكي : ٣/ ٢٤٩ ، شذرات الذهب : ٣/ ٣٥٨ ، هدية العارفين : ١/ ٦٢٦ ، معجم المؤلفين : ٦/ ١٨٤ .

ومن تبعهم على ترجيح مسلك على مسلك ، وهذا ما درج عليه الأولون قبل اختلاف الآراء وكانوا رضي الله عنهم إذا جلسوا يتشاورون تعلق معظم كلامهم في وجوه الرأي بالترجيح ، وما كانوا يشتغلون بالاعتراضات ولا القوادح وتوجيه النقوص ، وهذا ثبت بتواتر النقل في الأخبار والظواهر ، وجميع مسالك الأحكام ، فوضح أن الترجيح مقطوع به "[1] .

٣- إنه إذا لم يعمل بالراجح لزم العمل بالمرجوح ، وفي هذا ترجيح للمرجوح على الراجح ، وذلك ممتنع عقلا[2] .

٤- إنه إذا كان أحد الدليلين المتعارضين راجحا ، فالعمل بالراجح متعين عرفا فيجب شرعا العمل بالراجح ، لأن الأصل تنزيل الأمور الشرعية منزلة التصرفات العرفية لكونه أسرع إلى الانقياد[3] .

يقول الآمدي[4] : " ولأنه إذا كان أحد الدليلين راجحا فالعقلاء يرجحون بعقولهم العمل الراجح . والأصل تنزيل التصرفات الشرعية

---

(١) البرهان للجويني : ٢/ ١١٤٢ .

(٢) إرشاد الفحول : ص٢٧٤ .

(٣) كشف الأسرار : ٣/ ٧٦ ، إرشاد الفحول : ص٢٧٤ .

(٤) الآمدي : سيف الدين علي بن أبي علي بن محمد التغلبي الآمدي الحنبلي ثم الشافعي ، برع في الفقه والأصول والمنطق والكلام وكان من الأذكياء ، قيل عنه إنه لم يكن في زمانه أحفظ للعلوم منه ، ولد بآمد وأقام ببغداد ثم بمصر ، له مؤلفات مشهورة منها : غاية المرام في علم الكلام ، دقائق الحقائق في الحكمة ، والإحكام في أصول الأحكام توفي بدمشق سنة ٦٣١ هـ ودفن بسفح قاسيون . انظر : وفيات الأعيان : ٢/ ٤٥٥ ، شذرات الذهب : ٥/ ١٤٤ ، معجم المؤلفين : ٧/ ١٥٥ .

منـزلة التـصـرفـات الـعـرفـيـة . ولهـذا قـال عليـه الصـلاة والسـلام : «مـا رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن» "[1][2] .

هذا بإيجاز أهم ما استدل به الجمهور على وجوب العمل بالراجح .

ووجوه الترجيح متعددة ، وهي تختلف باختلاف أحوال من تناط به .

والمجتهد سواء كان اجتهاده مطلقا أم مذهبيا ، فالراجح عنده هو ما ثبت لديه من دليل سـواء بملاحظة أدلة الشرع أو مـا اعتـمـده إمام مـذهب معين من تلك الأدلة ، وإذا كـان الاجـتـهـاد مـذهـبـيـا فـبـمـوازنة أقـوال المذهـب ، ورواياته وتخريجاته ، والأخذ بما هو أقوى وأرجح .

الدليل الخامس :

قد يتنازع فعل المكلف جهتان : جهـة تقضي بالجواز ، والأخـرى تقضي بالمنع ، فـيـرجح أحـد المجتـهـدين جـهـة الجـواز - مـثـلا - ويغلب عـلى ظنه أن مـقـصـد الشـارع قد تعلق بجـهـة الجـواز دون المنع ، لكنه لا يجـزم بكون الجـهـة الأخرى -أي المنع- غير مقصودة للشارع .

من هنا جاز له أن يراعي الجهة الأخرى لهذا الاحتمال .

قال الشـاطبي : " وأما إن ترجـحـت إحدى الجهتين على الأخرى فيمكن

(١) أخرجه الإمام أحمد عن ابن مسعود موقوفا : ١/ ٣٣٩ ، قال الهيثمي : " رواه أحمد والبزار و الطبراني في الكبير ورجاله موثقون " مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للهيثمي : ١/ ١٧٧ .
(٢) الإحكام في أصول الأحكام : ٤/ ٣٢١ .

أن يقال: إن قصد الشارع غير متعلق بالجهة الأخرى ، إذ لو كان متعلقا بالجهة الأخرى لما صح الترجيح.

ويمكن أن يقال إن الجهتين -معا عند المجتهد- معتبرتان ، إذ كل واحدة منهما يحتمل أن تكون هي المقصودة للشارع ، ونحن إنما كلفنا بما ينقدح عندنا أنه مقصود للشارع ، لابما هو مقصوده في نفس الأمر.

فالراجحة وإن ترجحت لا تقطع إمكان كون الجهة الأخرى هي غير المقصودة للشارع ، إلا أن هذا الإمكان مطرح في التكليف ، إلا عند تساوي الجهتين ، وغير مطرح في النظر ، ومن هنا نشأت قاعدة مراعاة الخلاف[1].

وهذا ما قصده ابن العربي بقوله: "القضاء بالراجح لا يقطع حكم المرجوح بالكلية".

وقد مثل الإمام القباب لهذا المعنى بالطريق الذي جعلت عليه أمارات يتبعها السالك ، فربما عرض له طريقان ، على كل واحد منهما أمارة.

فإن تساوت في نظره الأمارتان ، وقف حتى يجد مرجحا ، وإن رجحت إحداهما عمل عليها ، وإن رأى غيره قد مضى على الجهة الأخرى وقطع منها ما يشق رجوعه ، فيقول كيف أرده وهو عمل بأمارة لها اعتبار فلعل طريقه أقصد وقد قطع منها ماله بال ، ولا سيما إن علم أن الطريقين معا موصلان إلى المقصود[2].

---

(١) الموافقات: ٢/ ٣١-٣٢.

(٢) المعيار المعرب: ٦/ ٣٨٨.

الدليل السادس:

استدل به القاضي أبو عبد الله الفشتالي[1] ، ويمكن تلخيصه فيما يلي:

١- صون أعمال المكلفين عن الإبطال ما دام بالإمكان تصحيحها بمراعاة قول مجتهد آخر لقوله تعالى: ﴿**ولا تبطلوا أعمالكم**﴾[2] .

٢- استثقل الإمام مالك رحمه الله نقض صفقة مسلم ، كقوله في بعض المسائل الخارجة عن هذا الباب: " لا أنقض صفقة مسلم لغير عتق ناجز " .

٣- مراعاة الخلاف للاحتياط ، خاصة في تحصين الفروج .

فمقتضى دليل الإمام مالك -رحمه الله - أن لا تجزئ النافلة بأربع ، وأن لا يقع الطلاق ولا الميراث في نكاح الشغار ، وأن يرد الحرام من البيوع فات أو لم يفت ، وأن يقتل من عفي عنه في الغيلة .

لكن لما عارض دليل عدم إبطال العمل في مسألة النافلة ، والاحتياط للفروج في مسألة النكاح بعد الوقوع ، ونقض صفقة المسلم في مسألة البيوع ، ترجح دليل المخالف ، لأن الترجيح يقع بأدنى محرك للظن[3] .

---

(١) أبو عبد الله الفشتالي: محمد بن أحمد الفشتالي ، من أهل الصلاح والخير ، الإمام الفقيه المحقق ، أخذ عن أبي الحسن بن سليمان ، وابن آجروم ، والرندي وجماعة ، وعنه أخذ أبو زكرياء السراج ، والقباب ، ومنه من لا يعد كثرة ، وله تآليف في الوثائق مشهور مفيد ، ورسالة في الدعاء بعد الصلاة على الهيئة المعهودة ، توفي بفاس سنة ٧٧٩هـ. انظر: شجرة النور: ص٢٣٦ .

(٢) سورة محمد ﷺ «٣٣» .

(٣) المعيار المعرب: ٦/ ٣٩١ .

الدليل السابع :

قصد الشارع نفي الاختلاف عن الشريعة ووضعها على الوفاق وعدم الاختلاف ، والمجتهدون قصدوا موافقة الشارع فيما قصد ووضع ، فهم متفقون من هذه الجهة ، لكن العقول والمدارك متفاوتة ، فكان اختلافهم عن غير قصد .

قال الإمام الشاطبي : " نفي الاختلاف في الشريعة وذمه على الإطلاق والعموم في أصولها وفروعها ، إذ لو صح فيها وضع فرع واحد على قصد الاختلاف لصح فيها وجود الاختلاف على الاطلاق ، لأنه إذا صح اختلاف ما صح كل الاختلاف ، وذلك معلوم البطلان فما أدى إليه مثله "[1].

فالشريعة تقوم على التناسق ، وعدم الاختلاف ، وعلى نسق ما قصد الشارع من وضع الشريعة كانت مراعاة الخلاف ، فهي على وزان هذا الأصل الذي ترجع إليه كل الشريعة .

إذ أن مراعاة الخلاف ترفع الخلاف فتؤدي إلى الوفاق ، أو تقلل من الخلاف فيصير إلى دائرة ضيقة تحقيقا لمقصد الشارع من وضع الشريعة جريا على الأصل المذكور وانسجاما معه ، ووصولا بالمكلفين إلى ما يقصدون .

---

(١) الموافقات : ٤/ ٩٥ .

المبحث الثاني

النافون لمراعاة الخلاف بعد الوقوع وأدلتهم

خالف جماعة من علماء المالكية القول بمراعاة الخلاف بعد الوقوع ، ولم يعتبروه حجة في استنباط الأحكام الجديدة أو تعديل السابقة .

وهذا ما سأبحثه في المطالب التالية :

المطلب الأول : العلماء الذين لم يحتجوا بمراعاة الخلاف بعد الوقوع

المطلب الثاني : أدلة المخالفين لمراعاة الخلاف بعد الوقوع

المطلب الثالث : جواب المجيزين عن أدلة النافين لمراعاة الخلاف بعد الوقوع

المطلب الرابع : الترجيح بين أدلة المجيزين والمخالفين

المطلب الأول

العلماء الذين لم يحتجوا بمراعاة الخلاف بعد الوقوع

العلماء الذين اشتهر اعتراضهم ومخالفتهم لمراعاة الخلاف بعد الوقوع هم : ابن عبد البر ، والقاضي عياض ، وأبو الحسن اللخمي(١) .

قال الشاطبي : " فاعلم أن المسألة قد اشكلت على طائفة منهم ابن عبد البر ، فإنه قال : الخلاف لا يكون حجة في الشريعة "(٢) .

وقال الونشريسي(٣) : " والقول بمراعاة الخلاف قد عابه جماعة من الفقهاء ، ومنهم اللخمي ، وعياض وغيرهما من المحققين حتى قال عياض : القول بمراعاة الخلاف لا يعضده القياس "(٤) .

---

(١) اللخمي : أبو الحسن علي بن محمد الربعي ، المعروف باللخمي القيرواني نزل صفاقص وتفقه بابن محرز والسيوري وأبي إسحاق التونسي ، وعنه أخذ المازري وأبو علي الكلاعي وغيرهما ، له تعليق كبير على المدونة سماه التبصرة معتمد في المذهب توفي رحمه الله سنة ٤٧٨هـ . انظر : ترتيب المدارك : ٤/ ٧٩٧ ، الديباج ، ص٢٠٣ ، شجرة النور : ١١٧ .

(٢) الموافقات : ٤/ ١٠٩ .

(٣) الونشريسي : أحمد بن يحي الونشريسي التلمساني الامام الفقيه أخذ عن أبي الفضل العقباني وابن مرزوق الكفيف وغيرهما ، من مؤلفاته : المعيار المعرب جمع فيه فتاوى المتقدمين والمتأخرين ، وتعليق على مختصر ابن الحاجب الفرعي ، وإيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك ، توفي سنة ٩١٤هـ وعمره ثمانون سنة . انظر : توشيح الديباج ، ص٦٥ ، نيل الابتهاج ، ص٨٧ ، ٨٨ ، شجرة النور ، ص٢٧٤ .

(٤) إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك ، ص٦٥ .

وقال الزقاق[1] في لاميته:

وهل يراعى الاختلاف لا نعم — وعاب ذا اللخمي عياض وعدم

قيس وقد أجاب نجل عرفه — بأنه إعمال ما قد عرفه

خصم من الدليل في الذي لزم — دلوله وفي نقيضه حتم

غير لرجحانه ....[2]

وقال السجلماسي[3] في منظومته اليواقيت الثمينة:

الغير في الخلاف هل يراعى — أم لا وفيه أكثروا النزاعا

لكنه حرره ابن عرفه — بما به من الجواب عرفه[4]

---

(١) الزقاق: أبو الحسن علي بن قاسم محمد التجيبي الفاسي، الشهير بالزقاق، الإمام الجليل، كان بارعا بالفقه مشاركا في فنون كثيرة، كالنحو والتفسير والحديث والتصوف، وأخذ عن أبي عبد الله القوري والمواق، وعنه أخذ ابنه أحمد والبستيني، وغيرهما، من مصنفاته: المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، ولامية الأحكام تعرف بلامية الزقاق، وتقييد على مختصر خليل، توفي سنة ٩١٢هـ. انظر: نيل الابتهاج: ص٢١١، شجرة النور: ص٢٦٤، الفكر السامي: ٢/ ٢٦٥.

(٢) الإسعاف بالطلب مختصر شرح المنهج المنتخب على قواعد المذهب للتواتي: ص٧١.

(٣) السجلماسي: أبو الحسن على بن عبد الواحد بن محمد السجلماسي الجزائري الامام الفقيه أخذ عن أئمة أهل فاس محمد بن أبي بكر الدلائي والمقري، رحل إلى مصر وأخذ عن الأجهوري وغيره، وأخذ عنه الثعالبي المفسر، وله مؤلفات منها: شرح التحفة واليواقيت الثمينة، ومسالك الوصول في مدارك الأصول نظم، شرح التحفة، توفي سنة ١٠٥٧هـ. انظر: شجرة النور: ص٣٠٨، الفكر السامي: ٢/ ٢٧٨، تعريف الخلف برجال السلف: ١/ ٧٣- ٧٧، الأعلام: ٤/ ٣٠٩-٣١٠.

(٤) شرح اليواقيت الثمينة فيما انتمى لعالم المدينة لأبي عبد الله السجلماسي ١/ ٢١٩.

والملاحظ أن الذين خالفوا أواستشكلوا مراعاة الخلاف هم من العلماء المبرزين الذين لهم وزنهم وأثرهم في المذهب المالكي .

لذا قال الونشريسي : "إن القول بمراعاة الخلاف قد عابه جماعة من الأشياخ المحققين ، والأئمة المتقنين منهم : أبو عمران[1] وأبو عمر[2] (أي : ابن عبد البر) وعياض "[3] .

والصحيح أن أبا عمران الفاسي من المجيزين لمراعاة الخلاف وليس من المخالفين .

وهذا ما أكده الشاطبي عند حديثه عن حقيقة مراعاة الخلاف حيث قال : " هذا حاصل ما أجاب به من سألته عن المسألة من أهل فاس وتونس ، وحكى لي بعضهم أنه قول بعض من لقي من الأشياخ وأنه قد أشار إليه أبو عمران الفاسي ، وبه يندفع سؤال اعتبار الخلاف "[4] .

---

(١) أبو عمران : موسى بن عيسى الغفجومي الفاسي ، استوطن القيروان وتفقه بأبي الحسن الفاسي ورحل إلى قرطبة فأخذ عن الأصيلي وغيره ثم رحل إلى المشرق فحج ودخل العراق فسمع من أبي الفوارس وأخذ الأصول عن أبي بكر الباقلاني وعنه ابن محرز والسيوري ، له كتاب التعليق على المدونة لم يكمل ، وخرج من عوالي حديثه نحو مائة ورقة ، ولد سنة ٣٦٣هـ وتوفي سنة٤٣٠هـ. انظر : ترتيب المدارك : ٤/ ٧٠٢-٧٠٦ ، الديباج : ص٣٤٤ ٣٤٥ ، شجرة النور : ص١٠٦ .

(٢) أبو عمر هو ابن عبد البر وقد تقدمت ترجمته .

(٣) المعيار المعرب : ١٢/ ٣٦ـ٣٧ .

(٤) الموافقات : ٤/ ١٠٩ ١١٠ .

فلست أدري لماذا ذكر الونشريشي أبا عمران مع النافين لمراعاة الخلاف مع أنه من المجيزين ، وفي المقابل أغفل ذكر اللخمي الذي عاب القول بمراعاة الخلاف وعارضه بل ذكره مع المجيزين في كتابه المعيار فقال : " وبمراعاته قال اللخمي وابن العربي "[1] .

بينما قال في إيضاح المسالك : " والقول بمراعاة الخلاف قد عابه جماعة من الفقهاء ، ومنهم اللخمي "[2] .

وهذا هو الصحيح الذي نقله علماء المالكية عن اللخمي ، فهو من المخالفين لمراعاة الخلاف والنافين لحجيتها كما ذكر الونشريسي نفسه في إيضاح المسالك[3] والزقاق في لاميته ، والله أعلم .

أقوال ونصوص المخالفين لمراعاة الخلاف :

أولاً : رأي ابن عبد البر في مراعاة الخلاف :

بالرجوع إلى كتب ابن عبد البر وخاصة كتابه العظيم الاستذكار استطعت أن أتبين موقفه من مراعاة الخلاف بجلاء .

فقد اعتبر ابن عبد البر القول بمراعاة الخلاف من الضعف والوهن ، وقال في الذي يراعي الخلاف ، أنه قد دخل عليه فساد .

فقال معلقا على فتوى الامام مالك -رضي الله عنه -وبعض أصحابه ،

(١) المعيار المعرب : ١٢/ ٣٧ .

(٢) إيضاح المسالك : ص٦٥ .

(٣) الإسعاف بالطلب : ص٧١ .

في إجزاء تكبيرة الانتقال عن تكبيرة الإحرام للمأموم الذي ينسى تكبيرة الإحرام ويكبر في الركوع الأول مراعاة لمن قال أن تكبيرة الإحرام ليست واجبة ، فقال :

" وقد أتى عن مالك وبعض أصحابه في المأموم ينسى تكبيرة الإحرام ما نورده بعد ، ونوضح ضعفه ووهنه، لأنهم خرجوا فيه عما أصلوه في وجوب التكبير للإحرام إلى قول من لم يوجبه ، وراعوا في ذلك مالا يجب مراعاته من اختلاف السلف في وجوب تكبيرة الإحرام ، والاختلاف ليس بحجة ، إنما الحجة في الإجماع ، وبالله التوفيق "(١) .

وقال أيضا : "كما أنه من راعى في أجوبته قولا لا يصح عنده ولا يذهب إليه ، فإنه فساد داخل عليه ، ألا ترى أنه لايراعي ذلك أحد منهم ولا من غيرهم في مسألة من مسائل الوضوء ولا الصلاة ولا الصيام وأكثر أبواب الشرائع والأحكام ، وبالله التوفيق ولا شريك له "(٢) .

وقال في مكان آخر : "وهذا موضع - أي مراعاة الاختلاف - قد اضطرب فيه أصحاب مالك أيضا ، وذلك لمراعاتهم الاختلاف فيما لا تجب مراعاته ، لأن الاختلاف لا يوجب حكما ، إنما يوجبه الإجماع أو الدليل من الكتاب والسنة ، وبذلك أمرنا عند التنازع "(٣) .

---

(١) الاستذكار لابن عبد البر : ٤/ ١٣١ .

(٢) المرجع السابق : ٤/ ١٣٢ .

(٣) المرجع السابق : ٤/ ١٣٦ .

إشارة منه لقوله تعالى: ﴿ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلاً ﴾[1] .

ثانياً: رأي القاضي عياض في مراعاة الخلاف:

قال القاضي عياض: "القول بمراعاة الخلاف لا يعضده القياس، وكيف يترك العالم مذهبه الصحيح عنده ويفتي بمذهب غيره المخالف لمذهبه؟

هذا لا يسوغ إلا عند عدم الترجيح وخوف فوات النازلة فيسوغ له التقليد ويسقط عنه التكليف في تلك الحادثة"[2] .

هذه إجمالا اعتراضات عالمين فذين على مراعاة الخلاف ، وأراء غيرهما من المخالفين تسير في الاتجاه نفسه تقريرا واستدلالا .

---

(١) النساء / ٥٩ .

(٢) المعيار المعرب: ١٢/ ٣٦ .

المطلب الثاني

أدلة النافين لمراعاة الخلاف

بعد استعراض أقوال المخالفين لمراعاة الخلاف وآرائهم يمكن تفصيل أدلتهم وحججهم فيما يلي :

الدليل الأول :

القول بمراعاة الخلاف مخالف للقياس الشرعي ، لأن مقتضى القياس الشرعي اتباع المجتهد للدليل إن اتحد ، وراجحه إن تعدد ، فيتبع الدليل الذي ترجح عنده ولو بأدنى وجوه الترجيح فيجب التعويل عليه وإلغاء ما سواه .

فإذا راعى المجتهد الخلاف فإنه يهمل دليله الراجح ، ويأخذ بدليل المخالف الذي كان مرجوحا في الأصل وهذا خلاف القواعد .

هذا معنى قول القاضي عياض : " القول بمراعاة الخلاف لا يعضده القياس " .

وقال القباب مستعرضا أقوال المخالفين لمراعاة الخلاف : " وقد استشكل كثير من العلماء القول بمراعاة الخلاف وقالوا فيه : إنه يؤول من قائله إلى ترك العمل وفق دليله المأمور باتباعه والعمل بمذهب خصمه المرجوح عنده الذي وقع الإجماع على المنع من اتباعه "[1] .

---

(١) المرجع السابق : ٦/ ٣٨٧ .

الدليل الثاني :

الخلاف ليس حجة ، وهو قول ابن عبد البر ، وإنما الحجة في الدليل سواء كان من الكتاب أو السنة أو غيرهما من المصادر ، لقوله تعالى : ﴿فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ﴾ .

الدليل الثالث :

إن القولين - الراجح والمرجوح - انبنيا على دليلين متعارضين ، كل واحد منهما يوجب حكما مغايرا لما يوجبه الآخر ، ومراعاة الخلاف تعني العمل بكل منهما ، وهذا يؤدي إلى الجمع بين متنافيين ، وما كان كذلك فهو باطل ، فالقول بمراعاة الخلاف باطل .

كما لا يسوغ أن يقول المفتي : هذا لا يجوز مع التردد في عدم الجواز وقوة إمكان الجواز ، ولا أن يقال إنه قبل الوقوع لا يجوز ، وبعد الوقوع جائز ، فإن هذا شنيع أن يكون الممنوع إذا فعل صار جائزا .

وأيضا فلا معنى لاعتبار دليل المنع قبل الوقوع ، إلا أن دليل الجواز غير معتبر ، ولا اعتبار دليل الجواز بعد الوقوع إلا أن دليل المنع ساقط بعد الاعتبار ، فلم يتصور في اعتبار الدليلين مع ترجيح أحدهما لأن هذا تضاد[1] .

---

(١) المعيار المعرب : ٦/ ٣٨٩ .

الدليل الرابع :

لو كانت مراعاة الخلاف حجة لاطردت في جميع المسائل المختلف فيها ، لكنها لم تعم فليست بحجة ، وتخصيصها ببعض المسائل دون بعض تحكم وترجيح بلا مرجح .

وهذا ما استشكله الشاطبي ، فسأل الإمام ابن عرفة قائلا : " مراعاة الخلاف إما أن تكون صحيحة وإما أن تكون غير صحيحة ، فإذا كانت صحيحة جارية على أصول الشريعة وجب اعتبارها على الإطلاق .

وإن كانت غير صحيحة وجب إلغاؤها على الإطلاق ، وأما اعتبارها في بعض المسائل دون بعض فإن ذلك خلاف ما يعقل بادي الرأي .

وإن سلم اعتبارها في بعض دون بعض فذلك يفتقر إلى ضابط يعرف به الموضع الذي يجب أو يجوز أن يراعى فيه ، حتى يكون الناظر في مسائل الفقه والمفتي على بينة من ذلك ، لكن الشارحون للمذهب لم يضبطوا ذلك فيما أعلم من قلة اطلاعي وقصر باعي ، فإن كانوا ذكروه فاهدوني إليه ، وإن لم يذكروه ففقهوني بالبيان الشافي "[(١)] .

الدليل الخامس :

الخلاف الذي جعل علة للحكم ، متأخر عن تقرير الحكم ، لأن الحكم مقرر بمقتضى الأدلة عن الشارع ﷺ ، والخلاف نشأ بعده نتيجة اجتهاد

---

(١) المرجع السابق : ٦/ ٣٦٧ .

المجتهدين في استنباطه من تلك الأدلة فيكون الحكم متقدما على علته ، وهذا لا يجوز[1] .

الدليل السادس :

أجمع علماء الأصول أنه لا يجوز للمجتهد الذي اجتهد في مسألة أن يترك اجتهاده ويقلد مجتهدا آخر في المسألة نفسها .

وهذا شأن مراعاة الخلاف فالمجتهد يراعي خلاف مجتهد ودليله ، ويقلده فيما ذهب إليه .

وهذا ما قصده القاضي عياض بقوله : "وكيف يترك العالم مذهبه الصحيح عنده ، ويفتي بمذهب غيره المخالف لمذهبه؟ هذا لا يسوغ إلا عند عدم الترجيح وخوف فوات النازلة ، فيسوغ له التقليد ، ويسقط عنه التكليف في تلك الحادثة " .

ويقصد القاضي عياض بالعالم هنا المجتهد الذي يتمكن من الاجتهاد ، لأن الترجيح عملية اجتهادية تحتاج إلى مجتهد .

وقوله : "يسقط عنه التكليف " أي : التكليف بالاجتهاد في تلك الحادثة .

الدليل السابع :

الراجح من مذهب مالك أن المصيب في الفروع الاجتهادية الخلافية

---

(١) الموافقات : ٤/ ١١١ .

واحد ، فقد روي عنه أنه قال حين سئل عن أصحاب النبي ﷺ : " مخطئ ومصيب " وهو مذهب جمهور المالكية[1] .

وهذا يتعارض مع القول بمراعاة الخلاف ، لأنه يؤدي إلى تصويب قول المجتهد المخالف ، وحتى على مذهب المصوبة لا يستقيم القول بمراعاة الخلاف ، لأنه يؤدي إلى تقليد المجتهد لغيره ، وهو مأمور بالاجتهاد والعمل بما أداه إليه اجتهاده ولو بالظن .

الدليل الثامن :

إن الفساد يؤدي إلى سلب الأحكام وتخلف الثمرات وهذا خلاف مراعاة الخلاف ، لأن نكاح الشغار معها فاسد مع عدم تخلف الثمرات كالميراث والطلاق ، وهذا متناف .

وليس النهي في نكاح الشغار راجعا إلى وصف منفك حتى يكون كالصلاة في الدار المغصوبة تصح وإن كان منهيا عنها[2] .

---

(١) انظر : أحكام الفصول للباجي ، ص٤٥٧ ، مختصر ابن الحاجب والعضد عليه : ٢/ ٢٩٣ ، شرح تنقيح الفصول ، ص٤٣٨ ٤٣٩ ، المستصفى : ٢/ ٣٥٧ ، المحصول : ٢/ ٤٧ ، التبصرة في أصول الفقه : ص٤٩٦ ، المنخول : ص٤٥٣ ، نهاية السول : ٣/ ٢٤٦ ، الإحكام للآمدي : ٤/ ١٨٣ ، جمع الجوامع : ٢/ ٣٨٩ .

(٢) منار أهل الفتوى : ص٣٠٥ .

المطلب الثالث

جواب المجيزين على أدلة النافين لمراعاة الخلاف بعد الوقوع

لم يسلم المجيزون لمراعاة الخلاف -وهم جمهور علماء المالكية- لأدلة المانعين ، وقد تصدوا للإجابة عنها وردها .

وقد جمعت هذه الإجابات مرتبة حسب ترتيب أدلة المخالفين :

جواب الدليل الأول :

القول بمراعاة الخلاف لا يخالف القياس ، لأنه لا يقتضي ترك راجح لمرجوح ، وإنما هو ترك راجح لما هو أرجح منه .

لأن القول الذي كان مرجوحا قبل وقوع الحادثة صار بعد الوقوع أقوى من الراجح لما احتفت به القرائن التي رجحت جانبه ، وصار الذي كان راجحا قبل الوقوع مرجوحا بعده لمعارضته دليلا آخر يقتضي رجحان دليل المخالف ، وترك الدليل لما هو أقوى منه هو عين ما تقتضيه القواعد لا خلافه كما قال الشاطبي .

قال القاضي أبو عبد الله الفشتالي : " دليل المخالف بعد الوقوع صار عند مالك أقوى من دليله الذي منع به من الإقدام ابتداء بدليل خارجي "[1] .

وأجاب الفقيه أبو العباس القباب عن الاعتراض بقوله : " فيقول الإمام ، ويعمل ابتداء بمقتضى الدليل الأرجح ، لمقتضى الرجحان في غلبة

---

(١) المعيار المعرب : ٦/ ٣٩١ .

ظنه ، فإذا وقع عقد أو عبادة على مقتضى الدليل الآخر لم يفسخ العقد ، ولم تبطل العبادة لوقوع ذلك على موافقة دليل له في النفس اعتبار ، وليس إسقاطه بالذي تنشرح له النفس .

فهذا معنى قولنا : إعطاء كل واحد من الدليلين حكمه ، فيقول ابتداء بالدليل الذي يراه أرجح ، ثم إذا وقع العمل على مقتضى الدليل الآخر راعى ما لهذا الدليل من القوة التي لم يسقط اعتبارها في نظره جملة ، فهو توسط بين موجب الدليلين ، فإذا أخذته بهذه المآخذ ذهب التناقض "[1] .

وهذا ما قصده ابن العربي بقوله : "القضاء بالراجح لا يقطع حكم المرجوح بالكلية ، بل يجب العطف عليه بحسب مرتبته لقوله ﷺ : « الولد للفراش وللعاهر الحجر» وهذا مستند مالك فيما كره أكله ، فإنه يحكم بالتحليل لظهور الدليل ، وأعطى المعارض أثره " .

جواب الدليل الثاني :

لم يقل أحد من المحتجين بمراعاة الخلاف أن المعول عليه هو الخلاف في ذاته ، أو أنه حجة حتى يعترض عليهم ابن عبد البر بقوله : "الخلاف ليس حجة» إنما المراعى هو الدليل الذي ترجح وتقوى بالقرائن المحيطة به لا صورة الخلاف .

---

(١) المرجع السابق : ٦/ ٣٨٨ .

قال القرطبي[1] : " وكذلك راعى مالك الخلاف وتوهم بعض أصحابه أنه يراعي صورة الخلاف ، وهوجهل ، أو عدم انصاف ، وكيف هذا وهو لم يراع كل خلاف ، وإنما راعى خلافا لشدة قوته "[2] .

فعين الخلاف لا ينتصب شبهة ، ولا يراعى ، بل النظر إلى المأخذ وقوته .

قال ابن عبد السلام : " والذي تدل عليه مسائل المذهب أن الإمام مالكا إنما يراعي من الخلاف ما قوي دليله ، وإذا حقق فليس بمراعاة الخلاف ألبتة وإنما هو إعطاء كل من دليلي القولين حكمه مع وجود التعارض ، فقد أجاز الصلاة على جلود السباع ، وأكل الصيد وإن أكل الكلب منه ، وأباح بيع ما فيه حق توفية من غير الطعام قبل قبضه مع مخالفة الجمهور فيها ، فدل على أن المراعى عنده إنما هو الدليل "[3] .

جواب الدليل الثالث :

الجمع بين الضدين إنما يمتنع إذا اتحد المتعلق مع اتحاد المحل ، أما اتحاد

---

(١) القرطبي : أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن فرح -بفتح الفاء وسكون الراء- الأنصاري القرطبي من كبار المفسرين ، وكان فقيها محدثا ، أخذ عن أبي العباس أحمد القرطبي صاحب المفهم شرح صحيح مسلم ، وأبي على الحسن بن محمد البكري وغيرهما ، رحل إلى المشرق واستقر بمصر ، وبقى بها حتى توفي سنة ٦١٧هـ من مصنفاته : الجامع لأحكام القرآن ، ويعرف بتفسير القرطبي والتذكرة بأحوال الآخرة وغير ذلك . انظر : الديباج : ص٣١٧-٣١٨ ، شجرة النور : ص١٩٧ .

(٢) البحر المحيط في أصول الفقه للزركشي : ٨/ ٣١١ .

(٣) الإسعاف بالطلب : ص٧٢ .

المحل فقط فلا يمتنع الجمع ، لأن الصداقة ضد العداوة ، والبغضاء ضد المحبة ، ويمكن أن يجتمع في القلب العداوة للكافرين ، والصداقة للمؤمنين، والمحبة للصالحين والبغضة للطالحين ، بسبب أن متعلق أحد الضدين غير متعلق الآخر ، كما يصدق أن زيدا أب لعمرو وليس أبا لخالد ، فاجتمع فيه النقيضان باعتبار إضافتين .

وكذلك مراعاة الخلاف هي اجتماع دليلين متنافيين باعتبار إضافتين ، باعتبار ما قبل وقوع الحادثة وباعتبار ما بعد الوقوع ، وحالة ما قبل الوقوع غير حالة ما بعده ، فهما مسألتان مختلفتان .

قال الشاطبي : "فيكون القول بأحدهم في غير الوجه الذي يقول فيه بالقول الآخر ، فالأول فيما بعد الوقوع ، والآخر فيما قبله ، وهما مسألتان مختلفتان وليس جمعا بين متنافيين ، ولا قولا بهما معا "[(1)] .

وهذا تأويل قوي .

وقال القرافي : "وقد أجمع أرباب المعقول على أن من شروط التناقض والتضاد اتحاد الإضافة ، فإذا تعددت الإضافة اجتمع النقيضان والضدان .

وعلى هذا التقدير يجتمع في الذهن الواحد في الزمن الواحد في الفعل الواحد الوجوب والتحريم ، والكراهة والندب والإباحة باعتبار خمسة من العلماء القائلين بتلك الأحكام ، فعلى هذا التقرير تصورنا الجمع بين

---

(1) الموافقات : ٤/ ١٠٩ .

المذاهب على وجه يحصل الإجزاء ، والاستيفاء للمقاصد "[1] .

فلا خلاف في جواز تعارض دليلين عند اتحاد الحكم واختلاف المتعلق .

جواب الدليل الرابع :

أما كون مراعاة الخلاف لا يعم جميع المسائل ، أو ليس مطردا في جميع النوازل ، فذلك لأنه يخضع لنظر المجتهد ، فمتى ترجح لديه الدليل المخالف أخذ به وأعمله ، واذا لم يترجح أهمله ، وأبقى اجتهاده الأول على حاله .

قال ابن عرفة : " ضابطه -أي مراعاة الخلاف- رجحان دليل المخالف في ثبوت الإرث عند مالك في نكاح الشغار على دليل مالك في لازم مدلول دليله وهو في الإرث ، وثبوت الرجحان ونفيه هو بحسب نظر المجتهد ، وإدراكه في النوازل ، فمن هنا كان رعي الخلاف في نازلة معمولا به ، وفي نازلة غير معمول به "[2] .

فلا تحكم في إعمال مراعاة الخلاف في بعض المسائل دون البعض ، لأن له ضابطا يحكمه ويخصصه ببعض المواضع ، ومناطا متى تحقق ثبتت حجيته ، وهذا الضابط هو نظر المجتهد في دليل المخالف ، أو بحسب ما يقع في نفس المجتهد من رجحان دليل المخالف .

ولو راعى الامام مالك كل خلاف دون ضابط ، لأدّى ذلك إلى هدم

---

(١) الفروق : ٤/ ٢١٦ ، التوضيح في شرح التنقيح لحلولو : ص٣٧١ .

(٢) المعيار المعرب : ٦/ ٣٧٨ ، منار أهل الفتوى : ص٣١١ .

مذهبه ، وعدم استقرار أحكامه ، وفي هذا يقول أبو العباس القباب :

" لأنه لو كان يراعي الخلاف مطلقا ، لما ثبت له مذهبه بوجه ، ولأصبح أيضا يراعي القائلين ، فإنه تارة يراعي قول ابن المسيب[1] وابن شهاب[2] ، وتارة يطرح الجميع ويقول : كل كلام فيه مقبول ومردود إلا كلام صاحب هذا القبر "[3] .

جواب الدليل الخامس :

أجاب عليه الباجي وحاصله : أن التعليل بالمتأخر غير ممتنع ، قياسا على الإجماع ، فإن الحكم يثبت به ، وإن حدث في عصرنا .

ولو سلمنا امتناع التعليل بالمتأخر فإن الحكم الناتج عن مراعاة الخلاف لم

---

(١) ابن المسيب : أبو محمد سعيد بن المسيب بن حزن المخزومي القرشي المدني أحد أعلام الدنيا ، وسيد التابعين وأحد الفقهاء السبعة بالمدينة المنورة وزوج ابنة أبي هريرة رضي الله عنه وأحفظ الناس لأحكام عمر و أقضيته ولد سنة ١٣هـ وتوفي سنة ٩٤هـ . انظر : طبقات ابن سعد : ٥/ ٨٨ ، حلية الأولياء : ٢/ ١٦١ ، تهذيب التهذيب : ٤/ ٨٤ .

(٢) ابن شهاب : أبو بكر محمد بن مسلم بن عبيد الله بن عبد الله بن شهاب الزهري القرشي المدني ، والمعروف بابن شهاب الزهري من كبار الفقهاء والمحدثين أول من دون الحديث ، ويعد من صغار التابعين ، رأى عشرة من الصحابة منهم أنس بن مالك وروى عن جماعة من الصحابة ، وعنه روى جماعة من الأئمة منهم مالك وسفيانان ، قال عمر بن عبد العزيز : " عليكم بابن شهاب فإنكم لا تجدون أحدا أعلم بالسنة الماضية منه " توفي سنة ١٢٤هـ وهو ابن ٧٢سنة . انظر : طبقات الفقهاء للشيزاري : ص٦٣ ٦٤ ، شجرة النور : ص٤٦ ، الفكر السامي : ١/ ٣٣٣ ٣٣٤ .

(٣) المعيار المعرب : ٦/ ٣٨٨ .

يكن متقدما على علته ، لأن معنى قولنا مختلف فيه أنه يسوغ فيه الاجتهاد ، وقد كان هذا حاله في زمان رسول الله ﷺ ، فلم يتقدم على علته[1] .

ولم يرتض الشاطبي هذا الجواب ، وقال : "إن الإجماع ليس بعلة للحكم ، وإنما هو أصل له ، فلا يصح قياس الخلاف عليه ، وقوله أي الباجي : "إن معنى قولنا مختلف فيه ، أنه يسوغ فيه الاجتهاد" وهو غير المعنى الذي يدعيه من أنه لم يراع فيه إلا مجرد كونه محلا للاجتهاد"[2] .

لكني أرى أن الخلاف لا يكون علة لحكم جديد ، وإنما علته دليل المخالف الذي ترجح عند المجتهد ، فلا يلزم المحظور الذي ذكروه ، من تقدم المعلول على علته .

جواب الدليل السادس :

المجتهد الذي يراعي الخلاف لا يقلد مجتهدا آخر فيما ذهب إليه ، وإنما يجدد النظر والاجتهاد في مسألة سابقة بملابسات جديدة .

قال الدسوقي[3] : "انتقال المجتهد إلى قول غيره من المجتهدين لمسوغ

---

(١) الموافقات : ٤/ ١١١ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) الدسوقي : أبوعبد الله محمد بن عرفة الدسوقي المصري ، ولد بدسوق ، محقق عصره ووحيد دهره بالديار المصرية ذو الحواشي البديعية الفصيحة على الدردير شرح المختصر ، وعلى السعد شرح التلخيص ، وأخذ عن المنير ولازم دروس الصعيدي العدوي ، تفرغ للتدريس والافتاء حتى وافته المنية في ربيع الثاني سنة ١٢٣٠هـ وصلى عليه بالأزهر . انظر : شجرة النور : ص٣٦١ ، الفكر السامي : ٢/ ٣٥٣ .

من باب مراعاة الخلاف وليس فيه تقليد مجتهد لمجتهد آخر الذي هو ممنوع "[1] .

لأنه بعد وقوع الحادثة نشأت أمور جديدة تستدعي نظرا جديدا ، وجدت إشكالات لا تحل إلا بالبناء على الأمر الواقع بالفعل ، واعتباره شرعيا بالنظر لقول المخالف وإن كان ضعيفا لكن لما وقع الأمر على مقتضاه روعيت المصلحة ، وتجدد الاجتهاد في المسألة من جديد بنظر وأدلة أخرى .

فيرجع المجتهد عن قوله ويرجح دليل المخالف دون النظر إلى المجتهد الذي أخذ به ، لأن مناط الاجتهاد هو الدليل فمتى ظفر به المجتهد وجب عليه الأخذ بموجبه ، لظهور ما هو أولى بالأخذ ، ولأنه أقرب إلى الحق والعدل والمصلحة .

وتجديد أو تغيير الاجتهاد هو مذهب الكثير من علماء الأصول .

قال السبكي : "وإن تجدد ما قد يوجب الرجوع لزمه قطعا "[2] .

وهو مذهب الإمام مالك حين يراعي الخلاف .

قال القرطبي : "وهو الذي يظهر -أي تجدد الاجتهاد- من تمسكات مالك في الموطأ "[3] .

وهذا ما يفسر مرونة المذهب المالكي ، وانسجامه مع واقع الناس كما قال أبو زهرة رحمه الله .

---

(١) انظر : حاشية الدسوقي : ١/ ١٦١ .

(٢) الإبهاج شرح المنهاج للسبكي : ٣/ ١٨٠ .

(٣) الإسعاف بالطلب : ص٨٥ .

جواب الدليل السابع:

القول بأن المصيب في الفروع الظنية واحد لا يتعارض مع أصل مراعاة الخلاف وذلك لما يلي:

١ـ المجتهد الذي يدعي الإصابة لا يقطع بخطأ مخالفه، لأن المجتهد لما كان يجوّز خلاف ما غلب على ظنه، ونظر في متمسك مخالفه فرأى له موقعا راعاه على وجه لا يخل بما غلب على ظنه، وقد سبق لنا قول ابن العربي: "القضاء بالراجح لا يقطع حكم المرجوح بالكلية".

وقول الشاطبي: "فالراجحة وإن ترجحت لا تقطع إمكان كون الجهة الأخرى هي غير المقصودة للشارع".

لذا كانوا يقولون: "رأينا صواب يحتمل الخطأ، وقول غيرنا خطأ يحتمل الصواب".

٢ـ إذا علمنا أن مراعاة الخلاف بعد وقوع الحادثة هي بمثابة اجتهاد ونظر جديدين بأدلة مختلفة، زال الاعتراض، لأن مبدأ تخطئة المخالف تظهر ثمرته في منع تقليد المجتهد لغيره ما دام يعتبره مخطئا.

٣ـ أثبت القاضي أبو بك[1] أن مذهب مالك رحمه الله هو تصويب كل

---

(١) أبو بكر الأبهري: محمد بن عبد الله صالح التميمي الشهير بالأبهري البغدادي، انتهت إليه رئاسة المالكية ببغداد، أخذ عن القاضي أبي الفرج وابن المنتاب، وأبي بكر بن الجهم وعنه أخذ الدار قطني والباقلاني وعبد الوهاب، له شرحان على المختصرين الكبير والصغير لابن عبد الحكم، وله كتاب في الأصول وآخر =

مجتهد ، واستدل على ذلك بأن المهدي[1] الخليفة العباسي أمر الأمام مالكا رحمه الله أن يجمع مذهبه في كتاب يحمل عليه الناس ، فقال مالك : "إن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قد تفرقوا في البلاد ، وأخذ أهل كل ناحية عمن وصل إليهم ، فاترك الناس وماهم عليه"[2] .

فلولا أن مالكا رأى أن كل مجتهد مصيب لما جاز أن يقرهم على ما هو الخطأ عنده[3] .

٤ـ ونسبة التصويب إلى الإمام مالك لا يدفع الإشكال فهو وارد حتى على مذهب المصوبة أيضا ، وذلك إذا نظرنا إلى مراعاة الخلاف على أنها تقليد مجتهد لآخر .

والصحيح أن مراعاة الخلاف هي اجتهاد جديد ، وبالتالي فهي تتماشى مع قول المخطئة والمصوبة على السواء .

قال القباب : "وقد رأى بعض الناس أن مراعاة الخلاف لاتتمكن إلا

= في إجماع أهل المدينة ، توفي رحمه الله سنة ٣٧٥هـ وعمره ٨٠ سنة . انظر : ترتيب المدارك : ٤/ ٤٦٦ ، الديباج : ص٢٥٥-٢٥٧ .

(١) المهدي : محمد بن أبي جعفر عبد الله المنصور ، أمير المؤمنين ثالث خلفاء بني العباس كان جوادا محبا للرعية محاربا للزنادقة ولد سنة ١٢٧هـ وتوفي سنة ١٦٩هـ ومدة ملكه عشر سنين وشهر ونصف شهر . انظر : شذرات الذهب : ١/ ٢٦٦ ، فوات الوفيات : ٢/ ٤٤٧ .

(٢) ترتيب المدارك : ١/ ١٣٤ .

(٣) إحكام الفصول للباجي : ص٤٥٦ .

على القول بالتصويب وليس كذلك بل تتامشى على المذهبين معا "[1] .

جواب الدليل الثامن :

قولهم : إن الحكم بالفساد مع الحكم بثبوت الثمرة له متناف ، غير صحيح ، لأن العقد الفاسد من نكاح وكراء يوجب ترتب جملة من الثمرات التي ترتب على العقد الصحيح .

قال ابن عرفة : " لأن قاعدة المذهب أن العقد الفاسد يوجب ترتب بعض ثمرات الصحيح عليه "[2] .

وقال إبراهيم اللقاني[3] : " وهذه القضية معلوم صدقها بالضرورة الفقهية ، فمن قرأ كتب البيوع الفاسدة من التهذيب فضلا عمن قرأ سائر كتب البيوع والأكرية والنكاح الفاسد ، كالوطء في صوم رمضان أو في الحيض، يوجب ترتب شيء من ثمرات النكاح الصحيح عليه كثبوت النسب، وحرمة الصهر من الجانبين ، والنفقة والعدة وغير ذلك .

---

(١) المعيار المعرب : ٦/ ٣٩١ .

(٢) شرح حدود ابن عرفة للرصاع : ١/ ٢٦٨ ، منار أهل الفتوى : ص٣٠٥ .

(٣) إبراهيم اللقاني : أبو الأمداد برهان الدين بن إبراهيم بن حسن اللقاني المصري أخذ عن سالم السنهوري ولازمه ويحيى القرافي وغيرهما وعنه أخذ عبد الباقي الزرقاني والخرشي والشبرخيتي والفيشي من مصنفاته جوهرة التوحيد وهي منظومة في العقائد وشرحها بثلاثة شروح ، ومنار أهل الفتوى وقواعد الافتاء بالأقوى وغيرهما وشرح تحفة الآثار ، توفي سنة ١٠٤١هـ. انظر : شجرة النور : ص٢٩١ ، الفكر السامي : ٢/ ٢٧٧-٢٧٨ ، الأعلام : ١/ ٢١ .

ومنها البيع المجمع على فساده كشراء عبد بخمر أعتقه مشتريه أو باعه ، فإن عتقه ماض، وكذا بيعه حسبما هو مذكور في المدونة وغيرها ، وكذا لو كانت أمة فأولدها كانت له أم ولد.

وهذا كله من ثمرات العقد الصحيح ، وهو واضح الدلالة على وهم قول السائل : الحكم بفساد النكاح مع عدم تخلف الثمرات متناف ، وبه يعلم بطلان قوله : معنى الفساد ، سلب الحكم وتخلف الثمرات "[1].

وهذا معروف معلوم من المذهب المالكي في كل عقد اختلف في فساده.

قال ابن عاصم[2] :

وفسخ فاسد بلا وفـــاق بطلقة تعد في الطـــلاق

ومن يمت قبل وقوع الفســخ في ذا فما لأرثه من نســخ[3]

يعني أن كل نكاح فاسد مختلف في صحته وفساده بين العلماء ، إذا أريد فسخه فإنه يفسخ بطلاق بائن مراعاة لمن يقول بصحته ، وتقع به الحرمة

---

(١) منار أهل الفتوى : ص٣٠٥ .

(٢) ابن عاصم : أبو بكر محمد بن محمد بن عاصم الغرناطي المالكي قاضي الجماعة ، له في الفقه تحفة الحكام وتعرف بالعاصمية وهي نظم، وله أرجوزة في الأصول تعرف بمهيع الأصول ، واختصار الموافقات ، أخذ عن أبي اسحاق الشاطبي وأبي عبد الله الشريف التلمساني وابن لب ، وعنه أخذ ولده القاضي أبو يحي وغيره. توفي سنة ٨٢٩هـ. انظر : شجرة النور : ص٢٤٧ ، الفكر السامي : ٢/ ٢٩٧ ، الأعلام : ٧/ ٢٧٤ .

(٣) التوضيح شرح تحفة الحكام للتوزري : ١/ ٢٣٧ ، البهجة شرح التحفة : ١/ ٧٠ .

كما تقع بالنكاح الصحيح ، سواء حصل تلذذ أم لا ، فتحرم على آبائه وعلى أبنائه ، وإذا مات أحد الزوجين قبل وقوع فسخه فإنهما يتوارثان كما يتوارثان في النكاح الصحيح ، وأن فساده لا يكون مانعا من الإرث ولا ناسخا له بل هو أمر لازم[1] .

وكذلك الحكم في الوضوء والصلاة، فالقاعدة عند المالكية : "أن كل من عمل في وضوئه أو صلاته بما اختلف أهل العلم فيه فلا إعادة عليه إلا في الوقت "[2] .

ويقصدون بالإعادة في الوقت ، الوقت الاختياري لا الضروري على وجه الاستحباب ، فمن لم يعد فلا إثم عليه[3] .

---

(١) انظر : البهجة شرح التحفة : ١/ ٧٠ ، والتوضيح شرح تحفة الحكام : ١/ ٢٥٤ .
(٢) البيان والتحصيل : ٢/ ٢١ .
(٣) انظر : الكليات الفقهية للمقري : ص٨١ .

المطلب الرابع

الترجيح بين أدلة المجيزين والمخالفين

بعد الاطلاع على موقف علماء المالكية من مراعاة الخلاف ، واستعراض أدلة المجيزين والمانعين على السواء ، ثم جواب المجيزين عن أدلة المخالفين ، نخلص إلى أن القول بمراعاة الخلاف أولى من عدم اعتباره، وذلك للأسباب التالية :

١ـ قوة أدلة المجيزين ، وسلامة أغلبها من الطعن .

٢ـ ضعف أدلة المخالفين التي لم تثبت أمام ردود المجيزين لمراعاة الخلاف .

٣ـ مراعاة الخلاف هو العمل بالدليل الأرجح الذي لا خلاف في وجوب الأخذ به .

٤ـ المجتهد الذي يراعي الخلاف لا يقلد أحدا ، وإنما يعيد النظر في اجتهاده بما يناسب واقعة الحال المعروضة عليه والمختلف فيها ، وذلك لتلافي الضرر أو المفسدة التي قد تلحق بالمكلف في حالة إبطال الفعل بناء على القول السابق، وهذا يوافق مقصد الشارع .

٥ـ الإمام مالك رحمه الله لم يراع صورة الخلاف وإنما راعى الدليل الراجح .

٦ـ مراعاة الخلاف هو العمل بمقتضى الدلليل الراجح الناتج عن نظر

واجتهاد جديدين إذا كان ذلك يؤدي إلى مصلحة محققة .

فمؤدى ما تحققه عملية مراعاة الخلاف من تحقيق المناط الخاص موضع اتفاق بين النافين والمجيزين .

نعم قد يختلف في المرجحات ، فما يراه بعض المجتهدين راجحا قد لا يراه غيرهم كذلك لعدم اعتداده بالمرجح ، ومن ثم نشأ الاختلاف في تطبيق هذا الأصل على بعض جزئياته ، وهذا اختلاف في التطبيق لا في أصل القاعدة .

وبالتالي يبدو لي أن الخلاف بين الفريقين لفظي ، أو اختلاف في التسمية والاصطلاح .

لأنه بالرجوع إلى الفروع الفقهية التي روعي فيها الخلاف نجد أن المخالفين لمراعاة الخلاف كأصل ، يسلمون بالأحكام المبنية عليه ، ويعتبرونها من باب الأخذ بمقتضى الدليل لا أثر للخلاف فيه بل يعدون الرأي الصادر عن مراعاة الخلاف من الأقوال الأصلية فيقولون : في المسألة قولان أو ثلاثة دون تفصيل لما بني منها على مراعاة الخلاف .

أما المثبتون لمراعاة الخلاف فيقولون : إن الإمام مالكا وأصحابه قد أخذوا بقول أو دليل مخالف لأصلهم نتيجة إعمال أصل مراعاة الخلاف ، وترجيح دليل المخالف لتحقيق مناط خاص ، ولو لم يراع الخلاف لتمسك باجتهاده الأول ، فالخلاف إذا اصطلاحي ولا مشاحاة في الاصطلاح .

المبحث الثالث

أدلة مراعاة الخلاف قبل الوقوع أوالخروج من الخلاف

استدل المالكية لحجية الخروج من الخلاف بالأدلة التالية :

الدليل الأول :

حديث النبي ﷺ : «الولد للفراش وللعاهر الحجر» وقوله لسودة بنت زمعة : «احتجبي منه» لما رأى من شبهه بعتبة بن أبي وقاص .

قال ابن العربي : " وهذا مستند مالك فيما كره أكله ، فإنه حكم بالحل عند ظهور الدليل ، وأعطى المعارض شيئا من أثره ، فحكم بالكراهة " .

ويؤيد هذا ما جاء في حاشية الدسوقي من كراهة أكل القرد وهو قول مالك وأصحابه وخالف ابن المواز وقال بالمنع .

وعقب الإمام الباجي على القولين بقوله : " الأظهر عندي قول الإمام مالك وصحبه لعموم قوله تعالى : ﴿ قُل لاَّ أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلاَّ أَن يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَّسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾[١] فهي تدل على عدم الحرمة ، ومراعاة خلاف العلماء القائلين بالمنع كان قول مالك وأصحابه بالكراهة "[٢] .

---

(١) الأنعام / ١٤٥ .

(٢) المنتقى للإمام الباجي : ٣/ ١٣٢ ، حاشية الدسوقي : ٢ / ١٣٣ .

الدليل الثاني:

رجوع الصحابة إلى قول بعضهم البعض وصلاتهم خلف إمام واحد مع تباين مذهبهم ، كما فصلنا ذلك في الدليل الرابع من أدلة مراعاة الخلاف بعد الوقوع .

الدليل الثالث:

الخروج من الخلاف يرفع الخلاف أو يقلل منه ، تحقيقا لمقصد الشارع ، كما مر في الدليل السابع من أدلة مراعاة الخلاف بعد الوقوع .

الدليل الرابع:

الورع والاحتياط في الدين ، لأن الخروج من الخلاف ابتداء يكون لعموم الاحتياط والورع في الدين .

قال القرافي: "ومنه أي من الورع الخروج من الخلاف بحسب الإمكان"[1] .

وقال الونشريسي: "الخروج من الخلاف وهو من باب الورع "[2] .

وعده المواق[3] من الأمور المتفق عليها فقال: "متفق عليه من أن الورع

---

(١) الفروق للقرافي: ٤ / ٢١٠ .

(٢) المعيار المعرب للونشريسي: ١٢ / ٣٧ ، فتاوى الشيخ عليش: ص٦٣ .

(٣) المواق: أبوعبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري الغرناطي ، الشهير بالمواق ، حضر استيلاء الإسبان على غرناطة أوائل سنه ٨٩٧ هـ أخذ عن أبي القاسم بن سراج وهو عمدته ومحمد بن عاصم و المنتوري ، وعنه روى أبو الحسن الزقاق و أحمد بن داود ، له شرحان على مختصر خليل ، سمي الكبير منها التاج والإكليل ، وكتاب سنن المهتدين في مقامات الدين ، نحى فيه منحى ابن لب في=

الخروج من الخلاف "[1] .

وهذا ما كان يسلكه كبار فقهاء المالكية ، فلا يتحرجون من العمل بقول المخالف للاحتياط والورع ، وأبرز مثال على ذلك الإمام المازري[2] الذي أخذ على نفسه أن لا يفتي إلا بالمشهور من مذهب الإمام مالك رحمه الله إلا أنه كان يبسمل قبل الفاتحة في صلاة الفريضة ، مع أنها مكروهة عند المالكية في صلاة الفريضة ، فلما سئل عن ذلك قال :

" قول واحد في مذهب مالك ، أن من قرأ (بسم الله الرحمن الرحيم) لا تبطل صلاته ، وقول واحد في مذهب الشافعي أن من لم يقرأ (بسم الله الرحمن الرحيم) بطلت صلاته ، فأنا أفعل مالا تبطل به صلاتي في مذهب إمامي ، وتبطل بتركه في مذهب غيره لكي أخرج من الخلاف "[3] .

وهذا ما قصده الونشريسي بقوله : " ومعنى مراعاة الخلاف على هذا

= طلب التأويل لكثير من المحدثات . توفي سنة ٨٩٧هـ. انظر : توشيح الديباج للقرافي : ص٢٣٤ -٢٣٥ ، نيل الابتهاج للتنبكتي : ص٣٢٤ - ٣٢٥ ، شجرة النور : ص٢٦٢ ، الفكر السامي : ٢/ ٢٦٣ - ٢٦٤ .

(١) التاج والإكليل للمواق بهامش مواهب الجليل للحطاب : ١/ ٤٥٤ .

(٢) المازري : أبو عبد الله محمد بن عمر التميمي المازري الشهير بالإمام ، أخذ عن اللخمي وابن الصائغ ، وكان يفزع إليه في الطب كما يفزع إليه في الفتوى ، من مؤلفاته : المعلم بشرح صحيح مسلم ، وشرح التلقين للقاضي عبد الوهاب ، وشرح البرهان لإمام الحرمين ، توفي رحمه الله بالمهدية سنة ٥٣٦هـ. انظر : الديباج ص٢٧٩ -٢٨١ ، شجرة النور ، ص١١٦ ، الفكر السامي : ٢/ ٢١٤ - ٢١٥ .

(٣) إيضاح المسالك الونشريسي : ص١٥٦ .

القـول أنه إذا أراد أن يتـصف بأعـمـال الـصـالحين وصفـات الأبرار من توقى الشبهات راعى قول من قال بالتحريم وتبرأ من الشبهات "[١] .

والورع والاحتياط كلاهما مطلوب شرعا لم يخالف في ذلك أحد .

قال الشاطبي : "الشريعة مبنية على الاحتياط والأخذ بالحزم والتحرز مما عسى أن يكون طريقا إلى مفسدة ، فإذا كان هذا معلوما فليس العمل عليه ببدع في الشريعة بل هو أصل من أصولها "[٢] .

وجاء في المسودة : "إذا قصد في مواطن الخلاف توخي ما عليه الأكثر منهم والعمل بما قاله الجمهور دون الواحد منهم فإنه قد أخذ بالحزم والأحوط "[٣] .

وقال السيوطي[٤] من الشافعية : "الأفضلية في مراعاة الخلاف لعموم الاحتـيـاط المطلوب في الشـريعـة على الاطلاق ، واعـتـمـاده على الورع المطلوب أيضا في الشرع ، فكانت مراعاة الخلاف أفضل لثبوتها من حيث عموم الاحتياط "[٥] .

---

(١) المعيار المعرب : ١٢ / ٣٧ .

(٢) الموافقات للإمام الشاطبي : ٢ / ٣٦٤ .

(٣) المسودة في أصول الفقه لآل تيمية : ص٥٣٩ .

(٤) السيـوطي : الحافظ جلال الدين أبو الفـضل عـبد الرحـمن بن الكمـال الخضـري السيـوطي الشـافـعي الإمـام المجتـهـد الحـجه الزاهد صـاحب الكرامـات العـديده والمؤلفات المفيـدة التي بلغت نحو ستمائة كتـاب في مختلف العلوم ، مولده سنه ٨٤٩هـ ووفاته سنه ٩١١هـ. انظر : شذرات الذهب : ٨/ ٥١ ، الأعلام : ٤/ ٧١ ، الفكر السامي : ٢/ ٤١٩ .

(٥) الأشباه والنظائر للسيوطي : ص١٣٧ .

والنقـول في ذلك كثـيرة من مـختلف المذاهب ، كلهـا تجعل عـماد مـراعاة الخلاف قبل الوقوع أو الخروج من الخلاف الورع والاحتياط .

فما هو الورع والاحتياط؟

الورع : هو ترك ما لا بأس به حذرا مما به بأس .

لقول النبي ﷺ : «لا يبلغ العبد أن يكون من المتقين حتى يدع ما لا بأس حذرا مما به بأس»[1] .

وقول النبي ﷺ : « دع ما يريبك إلى ما لا يريبك »[2] .

وعـرفه الجـرجاني بقـوله : "اجـتناب الشـبهـات خوفـا من الوقـوع في المحرمات ، وقيل : هو ملازمة الأعمال الجميلة "[3] .

أمـا الاحـتيـاط : فـهو جـعل المعـدوم كـالموجود ، ومـا يرى على قـول يرى على كل الأقوال أو معظمها[4] .

والأصل في الورع والاحتياط في الشريعة ما يلي :

١ - قـول النبي ﷺ : « الولد للفـراش وللعـاهر الحـجر واحـتـجـبي منه يا

---

(١) أخرجه الترمذي في صفة القيامة باب : ٢٤٥١ ، وقال عنه : هذا حديث حسن غـريب لا نعـرفـه إلا من هذا الوجـه ، وابن مـاجـة : في كـتـاب الزهد باب : الورع التقوى (رقم : ٤٢١٥) ، والبيهقي في سننه : ٢/ ٣٣٥ .

(٢) أخـرجـه النسـائي في القـضـاء باب : الحكم باتفـاق أهل العلـم (رقم : ٥٣٩٧) ، وإسناده حسن ، قال النسائي : هذا الحديث جيد جيد .

(٣) تعريفات الجرجاني : ص٢٢٤ .

(٤) الأشباه والنظائر لابن السبكي : ١/ ١١٤ .

سودة» للاحتياط .

٢-قول النبي ﷺ : « الحلال بين والحرام بين وبينهما مشتبهات ، لا يعلمها كثير من الناس ، فمن اتقى الشبهات استبرأ لدينه وعرضه ، ومن وقع في الشبهات كالراعي يرعى حول الحمى يوشك أن يواقعه ، ألا وإن لكل ملك حمى ، ألا إن حمى الله في أرضه محارمه ، ألا وإن في الجسد مضغة إذا صلحت صلح الجسد كله ، وإذا فسدت فسد الجسد كله ، ألا وهي القلب »[(١)] .

وقد أجمع العلماء على عظم هذا الحديث ، وأنه أحد الأحاديث التي عليها مدار الإسلام .

قال ابن العربي : "يمكن أن ينتزع منه وحده جميع الأحكام "[(٢)] لأنه اشتمل على التفصيل بين الحلال وغيره ، وعلى تعلق جميع الأعمال بالقلب ، فمن هنا يمكن أن ترد جميع الأحكام إليه .

وقد أورد الإمام البخاري[(٣)] هذا الحديث في كتاب الإيمان ، وكأنه أراد

---

(١) أخرجه البخاري في الإيمان باب : فضل من استبرأ لدينه (رقم : ٥٣) ، وفي البيوع باب : الحلال بين والحرام بين وبينهما شبهات (رقم : ١٩٤٦) ، وأحمد في مسنده : ٤/ ٢٧٠ ، وأبو داود في البيوع والإجارات باب : في اجتناب الشبهات (رقم : ٣٣٢٩) ، والترمذي في البيوع باب : ما جاء في ترك الشبهات (رقم : ١٢٠٨) .

(٢) انظر : عارضة الأحوذي لابن العربي : ٥/ ١٩٨ .

(٣) البخاري : أبو عبد الله محمد بن أبي الحسن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة الجعفي بالولاء البخاري نسبة إلى بخارى من أعظم مدن ما وراء النهر ، الإمام الحافظ =

أن يبين أن الورع من مكملات الإيمان.

واختلاف العلماء في الترجيح والاجتهاد من الأمور المشتبهة ، ومراعاة أقوال المخالفين واجتهاداتهم وإعمالها بغرض الخروج من الخلاف هو من باب الورع والاحتياط والاستبراء في الدين.

فإن اختلف العلماء في فعل هل هو مباح أو حرام فالورع والاحتياط الترك ، أو هو مباح أو واجب فالورع والاحتياط الفعل مع اعتقاد الوجوب حتى يجزئ عن الواجب.

وإن اختلفوا في الفعل هل هو مندوب أو حرام ؟ فالورع والاحتياط الترك ، أو مكروه أو واجب فالورع والاحتياط الفعل حذرا من العقاب في ترك الواجب ، وفعل المكروه لا يضره.

وإن اختلفوا هل هو مشروع أو لا ؟ فالورع والاحتياط الفعل. لأن القائل بالمشروعية مثبت لأمر لم يطلع عليه النافي ، والمثبت مقدم على النافي كتعارض البينات.

كاختلاف العلماء في مشروعية الفاتحة في صلاة الجنازة ، فالإمام مالك رحمه الله يقول ليست بمشروعة ، أما الإمام الشافعي رحمه الله فيقول هي

= المحدث المتفرد في علم الرواية والدراية صاحب الجامع الصحيح الذي أجمع المسلمون على أنه هو أصح كتاب بعد كتاب الله تعالى ، ولد البخاري سنة ١٩٤هـ وتوفي سنة ٢٥٦هـ بخرنتك من قرى سمرقند. انظر : وفيات الأعيان : ٤/ ١٨٨ ، شذرات الذهب : ٢/ ١٣٤ ، الأعلام : ٦/ ٢٥٨ .

مشروعة وراجحة .

فالورع والاحتياط الفعل ليتمكن الخلوص من إثم ترك الواجب على مذهب الشافعي .

قال القرطبي : " ومنشأ هذا الورع الالتفات إلى إمكان اعتبار ذلك المرجوح ، وهذا الالتفات نشأ من القول بأن المصيب واحد وهو مشهور مذهب مالك ، ومنه ثار القول في مذهبه بمراعاة الخلاف "[1] .

وقد أفرد الإمام البخاري بابا في صحيحه لتفسير المشتبهات ، أورد فيه حديث «الولد للفراش» الذي هو أصل مراعاة الخلاف قبل وبعد الوقوع .

وحديث عقبة بن الحارث[2] رضي الله عنه : أن امرأة سوداء جاءت فزعمت أنها أرضعتهما ، فذكر ذلك للنبي ﷺ ، فأعرض عنه وتبسم النبي ﷺ وقال : «كيف وقد قيل » .

قال ابن حجر : " قوله : «كيف وقد قيل «فإنه يشعر بأنه أمره بفراق امرأته وإنما كان لأجل قول المرأة أنها أرضعتهما ، فاحتمل أن يكون صحيحا

---

(١) عمدة القاري شرح صحيح البخاري : ١/ ٣٤ .

(٢) عقبة بن الحارث : أبو سروعة عقبة بن الحارث بن عامر بن نوفل بن عبد مناف بن قصي القرشي صحابي أمه بنت عياض بن رافع امرأة من خزاعة ، أسلم يوم الفتح وسكن مكة ، روى عن النبي ﷺ وأبي بكر الصديق وعن جبير بن مطعم ، وعنه عبدالله بن أبي مليكة وإبراهيم بن عبد الرحمن بن عوف ، وهو الذي شرب الخمر مع عبد الرحمن بن الخطاب ، قال ابن حجر : بقي بعد الخمسين رضي الله عنه . انظر : الإصابة : ٤/ ٥٠ ، تهذيب التهذيب : ٧/ ٢٣٧ .

فيرتكب الحرام فأمره بفراقها احتياطا على قول الأكثر "[1] .

٣ - وقد استدل السبكي على الاحتياط بقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيراً مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ ﴾[2] .

فقال : " أمر الله تعالى مجده باجتناب ما ليس بإثم والتباعد منه وهو الكثير من الظن خوفا من الوقوع فيما هو إثم محض وهو بعض الظن ، فالكثير من الظن الإثم فيه معدوم ، فهو في جانب الإثم معدوم ، وبعض الظن الإثم فيه موجود ، فهو في جانب الإثم موجود ، وقد جعل المعدوم كالموجود من قبيل الاحتياط . "[3] .

و لم يسلم بعض العلماء أن منشأ الخروج من الخلاف الورع ، وقالوا : الخروج من الخلاف ورعا مشكل من وجوه :

الوجه الأول : إن الورع في ذلك إما أن يكون لتوقع العقاب والإثم ، أو لفوات الثواب أو لا ، فإن لم يكن شيء من ذلك فليس بورع ، وإن كان شيء من ذلك فهو غير متوقع ، أما على القول بتصويب المجتهدين فواضح .

وأما على القول الآخر ، فالإجماع على عدم تأثيم المخطئ في الفروع الاجتهادية ، وإن كان كذلك فأين توقع العقاب ؟ .

وأيضا فالثواب غير فائت ، لأن المخطئ مأجور كالمصيب ، وإن كان

---

(١) انظر : فتح الباري في شرح صحيح البخاري : ١/ ١٢٩ .

(٢) الحجرات / ١٢ .

(٣) الأشباه والنظائر لابن السبكي : ١/ ١١٤ .

المصيب أكثر أجرا فالمخطئ غير متعين ، ولعل الخطأ في الجهة التي مال إليها المتورع .

فإذا لم يتوقع عقاب ، ولا فوت ثواب على الجملة ، فلا موضع للورع .

وقد أجاب ابن عرفة عن هذا الإشكال بما حاصله :

الكلام في نفس العمل بمدلول اجتهادهما ، وما ذكرتموه إنما هو في اجتهادهما لا في مدلوله ، ودليل ملزوميته للثواب واضح ، أما في المفعولات فمسألة مسح كل الرأس في الوضوء ، والتدلك فيه والنية له ، ويحصل كل واحد منهما من الثواب ما لا يحصل دونه .

ومثاله في المتروكات أن ترك شرب النبيذ لوازع الخوف من الوقوع فيما هو محرم لذاته شرعا على أن المصيب واحد ، وخوف الوقوع فيما هو محرم بالنسبة إلى اجتهاد شرعي بناء على أن كل مجتهد مصيب ، واضح أنه يحصل من الثواب ما لا يحصل دونه ضرورة ، وكذا يستمر هذا التقدير في المفعولات والمتروكات[1] .

الوجه الثاني : إن الخروج من الخلاف في مسائل لا يتصور ، كما إذا اختلف في الحل والحرمة فإن المتورع إن انكف عن الفعل المختلف فيه فهو رجوع إلى مذهب المحرم ، اذ لم ينكف عنه إلا خوف الإثم ، وإن فرض أنه

---

(١) المعيار المعرب : ٦/ ٣٧٩ .

لم ينكف لذلك بل لأمر آخر فليس كفه بالورع ، كالمنكف غافلا عن التحليل والتحريم ، وإن أقدم على الفعل فهو رجوع إلى مذهب المحلل .

جوابه : منع كون الكف رجوعا للقول بالتحريم ، إذ التحريم أخص من الكف ، إذ هو المجموع المركب من الكف مع اعتقاد الذم على الفعل ، فالكف أعم منه ، ولا يلزم من القول بالأعم القول بالأخص ولا رجوع إليه .

وهذا مالك -رحمه الله- يفتي بإباحة استعمال جلد الميتة بعد الدبغ في اليابس والماء فقط ، ويتقيه لنفسه في الماء ، ولم يكن ذلك منه تناقضا بحال[1] .

الوجه الثالث : أنكر جماعة من الفقهاء دخول الورع في مسح الشافعي مثلا جميع رأسه ، وقالوا لأنه إن اعتقد الوجوب فقد ترك الندب ، فلم يجمع بين المذهبين بل هذا مذهب مالك فقط ، وإن لم يعتقد الوجوب لم يجزه المسح إلا بنية الندب ، فما حصل الجمع بين المذهبين .

وكذلك المالكي إذا بسمل ، وكل موضع اختلف فيه على هذا النحو .

وقد أجاب ابن عرفة عن هذا الإشكال بما حاصله :

هذا الإشكال غير وارد لأنا نقول يعتقد في مسح رأسه كله الندب على رأي الشافعي والوجوب على رأي مالك ، وليس في ذلك جمع بين الضدين فإن الندب والوجوب والأحكام الشرعية أضداد لكن الجمع بين الضدين إنما يمتنع إذا اتحد المتعلق مع اتحاد المحل ، أما اتحاد المحل فقط فلا يمتنع الجمع .

---

(١) المرجع السابق : ٦/ ٣٨٠ .

وعلى هذا التقدير يجتمع في الذهن الواحد في الزمن الواحد في الفعل الواحد الوجوب والتحريم والكراهة والندب والإباحة ، باعتبار خمسة من العلماء القائلين بتلك الأحكام ، فعلى هذا التقدير تصورنا الجمع بين المذاهب على وجه يحصل الإجزاء والاستيفاء للمقاصد والورع ، والخروج عن العهدة من غير تناقض[1] .

الوجه الرابع : كثير من الفقهاء يعتقد أن المالكي يعتقد بطلان مذهب الشافعي إذا لم يتدلك في غسله أو يمسح جميع رأسه ونحوه ، وأن الشافعي يعتقد بطلان صلاة المالكي إذا لم يبسمل ، وأن الجمع بين المذاهب والورع في ذلك إنما هو لصون الصلاة ونحوها عن البطلان على قول المخالف .

وجوابه : الخروج من الخلاف ورعا ليس لتحصيل صحة العبادة ، بل عبادة كل مقلد لإمام معتبر صحيحة بالإجماع .

فإن قلت : إذا كانت العبادة الواقعة صحيحة بالإجماع فما فائدة الورع وكيف يشرع الورع بعد ذلك؟ .

أجاب القرافي بقوله : " فائدة الورع وسبب مشروعيته الجمع بين أدلة المختلفين والعمل بمقتضى كل دليل فلا يبقى في النفوس توهم أنه قد أهمل دليلا لعل مقتضاه هو الصحيح ، فبالجمع ينتفي ذلك ، فأثر الجمع بين المذاهب في جميع مقتضيات الأدلة في صحة العبادة والتصرف .

---

(١) الفروق للقرافي : ٤/ ٢١٤-٢١٥ .

ولو كان المالكي يعتقد بطلان صلاة الشافعي وبالعكس كانت كل طائفة عند الأخرى من أعظم الناس فسقا لتركهم الصلاة طول عمرها ، ولاتقبل لها شهادة ، وتجرى عليها أحكام الفساق أبد الدهر ، ويطرد ذلك في الفرق كلها من جهة مخالفها ، وهذا فساد عظيم ، لم يقل به أحد بل الإمام مالك والشافعي وجميع الأئمة من أعدل الناس عند جميع الناس ، ولا يقول بفسق أحد منهم إلا منافق مارق من الدين[1] .

الوجه الخامس : إن هذا الورع الخاص لم يثبت عن السلف من الصحابة والتابعين أنهم استعملوه ، بل في حديث : «أصحابي كالنجوم بأيّهم اقتديتم اهتديتم»[2] فقد أطلق القول في الاقتداء بهم من غير تقييد ولاتنبيه على وجه الورع إذا اختلفوا على المقتدى .

وجوابه من وجوه :

الأول : إن شأن الورع السر والخفية ، وما هو بمظنة الخفية ، لايدل عدم نقله على عدم وجوده علما ولا ظنا ، وما كان كذلك لايضر عدم نقله في العمل به .

---

(١) المرجع السابق : ٤/ ٢١٨ .

(٢) أخرجه ابن عبد البر في جامع بيان العلم وفضله : ٢/ ١١١ ، وهو ضعيف ، وقد ذكر ابن حجر جميع طرقه وكلها فيها ضعف ، وقال البزار : هذا الكلام لم يصح عن النبي ﷺ ، وقال ابن حزم : هذا خبر مكذوب موضوع باطل . انظر : تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير لابن حجر : ٤/ ١٩٠-١٩١ ، كشف الخفا : ١/ ١٤٧ .

الثاني: لا يلزم من عدم وجوده بعينه ، عدم صحته إذا ثبت استلزامه مصلحة شرعية شهد الشرع باعتبار عينها ، لحديث «فمن اتقى الشبهات» أو اعتبار جنسها لقول عمر رضي الله عنه: "نعمت البدعة هذه"[1].

الوجه السادس: إن المسائل المجمع عليها في الفقه قليلة بالنسبة إلى المختلف فيها ، فهذا يعني أن أغلب مسائل الشريعة من المشتبهات ، وهو خلاف وضع الشريعة ، وبالتالي فقد صار الورع من أشد الحرج الذي جاءت به الشريعة من حيث لاتخلو لأحد عبادة ولامعاملة ولا أمر من أمور التكليف من خلاف يطلب الخروج عنه وفي هذا حرج كبير.

والجواب: إن مرادهم بأن المختلف فيه من المتشابهات ، هو المختلف فيه دلائل أقواله متساوية أو متقاربة ، وليس أكثر مسائل الفقه هكذا ، بل الموصوف بذلك أقلها ، فحينئذ يكون المتشابه منها قليلا.

أما الورع من حيث ذاته ـ ولو مع قلة المختلف فيه ـ شديد فيه مشقة لا يحصله إلا من وفقه الله إلى كثرة استحصال لوازم فعل المنهي عنه[1].

الوجه السابع: إن حاصل الورع في مسائل الخلاف الأخذ بالأشد ، وتتبع شدائد المذهب لايقصر عن تتبع رخصها في الذم ، فإذا كان تتبع الرخص غير محمود ، فتتبع الشدائد غير محمود- أيضا - لأنه تنطع ومشادّة للدين.

---

(١) أخرجه البخاري في صلاة التراويح باب: فضل من قام رمضان ، ومالك في الصلاة في رمضان باب: ما جاء في قيام رمضان.

والجواب: إن الأخذ بالأشد على قسمين:

أخذ بأشد شهد الشرع بإلغائه، كوقوف الواحد للعشرة من العدد عالما أنّه لايجدي به منهم نفعا.

وأخذ بأشدّ لم يشهد الشرع بإلغائه، وشهد باعتباره.

فالمذموم إنما هو الأول، والمتكلم فيه هو الأخذ بأشد المذاهب المتساوية أو المتقاربة لوازع الخوف من الله تعالى ليس من الأول بحال، بل هو مما شهد الشرع باعتبار عينه أو جنسه وقد قال العز بن عبد السلام: "والأولى التزام الأشد والأحوط لدينه، فإن من عز عليه دينه تورع"[1].

مما تقدم يتبين لنا أنّ الورع والاحتياط من أهم أدلة الخروج من الخلاف وهو مذهب الجمهور، واعتراضات المخالفين لم تسلم من الضعف، وقد ردها العلماء بما يناسبها من الحجج.

---

(١) المعيار المعرب: ٦/ ٣٨٢.

الفصل الرابع
حكم وشروط مراعاة الخلاف
ومقارنته ببعض المباحث الأصولية

وفيه ثلاثة مباحث

المبحث الأول

حكم مراعاة الخلاف

المبحث الثاني

شروط مراعاة الخلاف

المبحث الثالث

المقارنات

مراعاة الخلاف عملية اجتهادية غايتها إعمال قول مخالف لتصحيح عمل بعد وقوعه، أو للاحتياط قبل القيام بتصرف شرعي.

وهذه العملية الاجتهادية تعتمد على ركنين:

الركن الأول: المراعي -بكسر العين- وهو الذي يراعي الخلاف ويعمله.

الركن الثاني: المراعى -بفتح العين- وهو الدليل أو القول الذي يراعيه العالم، ويعمله.

ولكل ركن شروط يجب أن تتوفر فيه حتى تتم مراعاة الخلاف على أكمل وجه. وأي إخلال بهذه الشروط يفرغ هذه العملية الاجتهادية من معناها الحقيقي، ويصرفها عن غايتها، فتصبح ضربا من اتباع الهوى دون بينة.

وقبل الحديث عن شروط مراعاة الخلاف يجدر بنا أولا معرفة حكم مراعاة الخلاف.

المبحث الأول

حكم مراعاة الخلاف

يختلف حكم مراعاة الخلاف باختلاف سببه أو موجوبه ، وهو لا يخرج عن ثلاثة أحكام : الوجوب ، أو الندب ، أو الحرمة .

أولاً : الوجوب .

تجب مراعاة القول أو الدليل المخالف في حالتين :

الحالة الأولى :

إذا أصبح الدليل المرجوح راجحا ، وذلك بعد وقوع الفعل لاقترانه بالمرجحات التي مر ذكرها ، فيجب مراعاة القول الذي يخرج المكلف من ورطة فعله ، تيسيرا عليه بما يوافق مقاصد الشارع .

وهذا الوجوب منشؤه وجوب العمل بالدليل الراجح ، ولتعلق حق من وقع في المشكلة ، ومن له علاقة مباشرة به .

وإغفال القول المخالف يؤدي إلى مفسدة أعظم من مفسدة العمل بالمرجوح ، وهذا ما قصده الرصاع بقوله : " فإن قلت : إذا كان كذلك ، فهل تجب مراعاة الدليل أو تجوز ؟ قلت : يظهر وجوب ذلك عند المجتهد "(١) .

الحالة الثانية :

في صلاة الجماعة عند الاقتداء بمخالف في الفروع ، فيجب اقتداء

(١) شرح حدود ابن عرفة للرصاع : ١/ ٢٦٩ .

المالكي بالإمـام المخـالف له في الفـروع سـدا لبـاب الفـتنة والخـلاف بين المسلمين، ولعـمـوم قـول النبي ﷺ «إنما جـعل الإمـام ليـؤتم به، فـإذا ركع فاركعوا وإذا رفع فارفعوا وإذا صلى جالسا فصلوا جلوسا»[١] .

وفي رواية : «إنما جعل الإمام ليؤتم به فلا تختلفوا عليه»[٢] .

قال ابن عبد البر : " فقد أجمع العلماء على أن الائتمام واجب على كل مأموم بإمامه في ظاهر أفعاله الجائزة ، وأنه لا يجوز خلافه لغير عذر "[٣] .

وروي أن عـبـد الله بن مـسـعـود رضي الله عنه عـاب عـثـمـان بن عـفـان رضي الله عنه إتمامه الصلاة بمني ثم أقيمت الصلاة فصلى خلفه أربعا ، فقيل في ذلك ، فقال : " الخلاف شر "[٤] .

فابن مسعود رضي الله عنه كان يرى قصر الصلاة سنة ، لكنه ائتم بعثمان بن عفان رضي الله عنه وهو يعلم أنه لا يقصر ، سدا لباب الفتنة والاختلاف .

---

(١) رواه مالك في الصلاة باب : صلاة المأموم وهو جالس (رقم : ١٧) ، وأحمد في مسنده : ٦/١٤٨ ، والبخاري في الجماعة والإمامة باب : إنما جعل الإمام ليؤتم به (رقم : ٦٥٦) . وأبو داود في الصلاة باب : الإمام يصلي من قعود (رقم : ٦٠١) .

(٢) أخرجه مسلم في الصلاة باب : ائتمام المأموم بالإمام (رقم : ٤١٤) ، وابن ماجه في الصلاة باب : إذا قرأ الإمام فأنصتوا (رقم : ٨٤٦) .

(٣) الاستذكار : ٥/ ٣٨٥ .

(٤) أخرجه البخاري في الصلاة باب : قصر الصلاة بمنى (رقم : ١٠٨٤) وأبو داود في الحج باب الصلاة بمنى (رقم : ١٩٦٠) و النسائي في تقصير الصلاة باب : الصلاة في منى (رقم : ١٤٤٩) .

لهذا أجمع علماء المالكية على جواز الاقتداء بالإمام المخالف للفروع سدا لباب الفتنة والخلاف، وتفريعا على أصل مراعاة الخلاف.

قال المازري: "حكى المذهب الإجماع على صحة الاقتداء بالمخالف في الفروع الظنية، وإنما يمتنع فيما علم خطؤه، كنقض قضاء القاضي، ويدل على ذلك تفرقة أشهب[1] بين القبلة ومس الذكر"[2].

أي: لا يجوز الاقتداء بإمام خالف قطعيا من نص وإجماع، كانحرافه عن القبلة مع قدرته على استقبالها.

أما إذا كان الخلاف في شيء ظني جاز الاقتداء به بل يجب، حتى لا تعطل الجماعات في المساجد، وينتشر الخلاف المنهي عنه.

قال الإمام خليل[3] في مختصره: "وجاز اقتداء بأعمى ومخالف في

---

(١) أشهب: أبو عمر أشهب بن عبد العزيز العامري القيسي الجعدي قيل اسمه مسكين وأشهب لقبه، إليه انتهت رئاسة الفقه المالكي بمصر بعد ابن القاسم، روي عن الليث والفضيل بن عياض ومالك وبه تفقه، وعنه بنو عبد الحكم والحارث بن مسكين وسحنون، خرج له أصحاب السنن، وعدد كتب سماعه عشرون، مولده سنة ١٤٠هـ، وتوفي بمصر سنة ٢٠٤هـ بعد موت الشافعي بثمانية عشر يوما. انظر: ترتيب المدارك: ٢/ ٤٤٧، الديباج: ١/ ٣٠٧، شجرة النور: ص٥٩، وفيات الأعيان: ١/ ٢٣٨.

(٢) مواهب الجليل شرح مختصر خليل: ٢/ ١١٤.

(٣) خليل: ضياء الدين أبو المودة خليل بن إسحاق الإمام الفقيه الحافظ المجمع على جلالته وفضله أخذ عن أئمة منهم: ابن الحاج صاحب المدخل وأبي عبد الله =

الفروع "[1].

قال الحطاب[2] تعليقا على كلام الإمام خليل : " صلاة المالكي خلف الشافعي جائزة ولو رآه يفعل خلاف مذهبه "[3] .

ومثل الإمام المازري لذلك بصحة اقتداء المالكي الذي يرى أن مس الذكر ينقض الوضوء بالحنفي الذي لا يرى ذلك ، وهو المشهور في المذهب المالكي .

جاء في مواهب الجليل : " من صلى خلف من لا يرى الوضوء من مس

=المنوفي وعنه أئمة منهم بهرام والأقفهسي ويوسف البساطي وغيرهم له تآليف مفيدة منها شرح مختصر ابن الحاجب الفرعي المسمى بالتوضيح ، ومختصر في المذهب مشهور، أقبل عليه الطلبة بالحفظ والشرح ، وله شرح المدونة لم يكمل . توفي سنة ٧٦٧هـ وقيل غير ذلك . انظر : الديباج : ص١٥٥ ، نيل الابتهاج : ص١١٢ ، شجرة النور : ص٢٢٣ ، الفكر السامي : ٢/ ٢٨٦ .

(١) مختصر الإمام خليل : ص٦٨ ، مواهب الجليل : ٢/ ١١٣ .

(٢) الحطاب : محمد بن محمدالحطاب المكي المولد والقرار، الفقيه العلامة أحد الأئمة المحققين الأخيار أخذ عن والده ومحمد السخاوي والبساطي وغيرهم ، وأجازوه وقد ذكر سنده في الفقه والحديث في أوائل شرحه لمختصر خليل . أخذ عنه أئمة منهم ابنه يحي وعبد الرحمن الباجوري، له تآليف تدل على سعة علمه وحفظه منها : مواهب الجليل شرح مختصر خليل ، وقرة العين شرح ورقات امام الحرمين، وتحرير الكلام في مسائل الالتزام ، وشرح نظم ابن غازي في نظائر الرسالة ، وغيرها من الكتب ولد سنة ٩٠٢هـ وتوفي سنة ٩٥٤هـ . انظر : نيل الابتهاج : ص٣٣٧ ، شجرة النور : ص٢٧٠ ، الفكر السامي : ٢/ ٣١٩ .

(٣) مواهب الجليل : ٢/ ١١٤ .

الذكر لا شيء عليه "[1] .

قال الحطاب : " ومن صلى خلف من يرى السجود في النقصان بعد السلام فلا يخالفه ، لأن الخلاف أشد وأشر "[2] .

وكذلك تصح صلاة المالكي خلف إمام يمسح ربع الرأس أو أقل، أو لا يتدلك أو لا يقنت في الصبح[3] .

وغير ذلك من الفروع التي جمعوها في قاعدة : " ما كان شرطا في صحة الصلاة فالعبرة فيه بمذهب الإمام ، وما كان شرطا في صحة الاقتداء فالعبرة فيه بمذهب المأموم "[4] .

ثانياً : الندب .

تندب مراعاة الخلاف إذا كانت للاحتياط والورع ، أي عندما يأخذ المجتهد بقول المخالف للخروج من الخلاف ورعا واحتياطا .

قال القرافي عن الورع : " وهو مندوب إليه ، ومنه الخروج من اختلاف العلماء "[5] .

---

(١) المرجع السابق .

(٢) الشرح الصغير على أقرب المسالك للإمام الدردير : ١/ ٣٣٤ ، بلغة السالك لأقرب المسالك للإمام الصاوي : ١/ ٣٣٤ .

(٣) الشرح الصغير : ١/ ٣٣٤ .

(٤) مواهب الجليل : ٢/ ١١٤ .

(٥) انظر : الفروق للقرافي : ٤/ ٢١٠ .

فمراعاة الخلاف هنا مندوبة ، وتركها لا يترتب عليه ضرر أو مفسدة . وهذا أمر يقدره المجتهد ، وإليه أشار ابن عبد السلام بقوله : " . . وترك مراعاته (أي : الخلاف) لا يوجب تخطئة "[1] .

ويتكرر كثيرا في كتب الفقه المالكي قولهم : يندب فعله خروجا من الخلاف ، وهو مندوب عندنا[2] .

ثالثا : الحرمة .

وتكون في حالتين :

الحالة الأولى :

عندما يراعي المجتهد الخلاف دون النظر إلى دليل المخالف من حيث القوة أو الضعف ، لأن الخلاف ليس حجة في حد ذاته .

وسبب الحرمة في هذه الحالة أمران :

١ - مراعاة المجتهد للخلاف دون النظر إلى الدليل ينزله إلى مرتبة المقلد ، ومعلوم أن المجتهد إن حصل له ظن الحكم باجتهاده حرم عليه التقليد إجماعا ، وإن صلح لذلك الظن لاتصافه بصفات الاجتهاد حرم عليه ذلك عند مالك ، وأكثر أهل السنة لتمكنه من الاجتهاد ، الذي هو أصل والتقليد بدل ، ولايجوز العدول عن الأصل الممكن إلى بدله[3] .

---

(١) شرح حدود ابن عرفة : ١/ ٣٣٤ .

(٢) الفواكه الدواني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني : ٢/ ١٨٧ .

(٣) شرح تنقيح الفصول : ص٢٨٠ ، مراقي السعود إلى مراقي السعود لمحمد الأمين ابن أحمد زيدان الجكني : ص٣١٤ .

٢- مراعاة الخلاف دون النظر إلى الدليل المراعى يؤدي إلى اتباع الهوى والحكم بالتشهي ، وهذا حرام بإجماع لقوله تعالى : ﴿وَلا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ﴾[1] وقوله : ﴿أَتَقُولُونَ عَلَى اللَّهِ مَا لا تَعْلَمُونَ﴾[2] ، وأمر الله تعالى نبيه داود عليه السلام أن يحكم بالحق وحذره من اتباع الهوى فقال : ﴿وَلا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ اللَّهِ﴾[3] .

قال القرافي : " أما اتباع الهوى في الحكم والفقه فحرام بإجماع "[4] .

وقال الشاطبي : " لا يصح للحاكم ولا للمفتي أن يرجح في حكمه أو فتواه أحد القولين بالصحبة أو الأمارة أو قضاء الحاجة ، إنما الترجيح بالوجوه المعتبرة شرعا ، وهذا متفق عليه بين العلماء .

فكل من استمر على تقليد قول غير محقق ، أو رجح بغير معنى معتبر فقد خلع الربقة ، واستند إلى غير شرع ، عافانا الله من النار ، وقد زاد الأمر في هذه الأزمنة على قدر الكفاية ، حتى صار الخلاف في المسائل معدودا من حجج الإباحة ، ووقع فيما تقدم وتأخر من الزمان الاعتماد في جواز الفعل على كونه مختلفا فيه بين أهل العلم ، لا بمعنى مراعاة الخلاف فإن له نظرا آخر بل في غير ذلك .

---

(١) الإسراء / ٣٦ .

(٢) الأعراف / ٢٨ .

(٣) ص / ٢٦ .

(٤) الإحكام في تمييز الفتاوي عن الأحكام للقرافي : ص٣٥ .

فربما وقع الإفتاء في المسألة بالمنع فيقال لم تمنع والمسألة مختلف فيها ، فيجعل الخلاف حجة في الجواز لمجرد كونها مختلفا فيها ، لا لدليل يدل على صحة مذهب الجواز ، ولا لتقليد من هو أولى بالتقليد من القائل بالمنع .

وهو عين الخطأ على الشريعة حيث جعل ما ليس بمعتمد معتمدا وما ليس حجة حجة "[1] .

الحالة الثانية:

إذا اختار الحاكم قولا من الأقوال المختلف فيها ، وحكم به ، ارتفع الخلاف ، وصار حكمه بمنزلة المجمع عليه ، يحرم مخالفته ، وهو ما يعرف بقاعدة حكم الحاكم يرفع الخلاف .

وإذا ارتفع الخلاف امتنعت مراعاته بل تحرم لأنها تؤدي إلى نقض حكم الحاكم وهو حرام باتفاق العلماء .

قال الآمدي: "اتفقوا على أن حكم الحاكم لا يجوز نقضه في المسائل الاجتهادية "[2] .

حتى لو كان القول الذي اختاره الحاكم مرجوحا ، فإنه يصبح بعد حكمه به راجحا لوجود المسوغ وهو الاحتياط في تحقيق مصلحة الأمة ، وإذا رفع حكمه هذا إلى حاكم آخر لا يراه، وجب عليه إمضاؤه لرفعه

---

(١) الموافقات للإمام الشاطبي: ٤/ ١٠٢ .

(٢) الإحكام في أصول الأحكام: ٤/ ٢٧٣ـ ٢٧٤ .

الخلاف الواقع بين العلماء في المقضي فيه[1] .

إذ الحاكم نائب عن الله تعالى في مسائل الخلاف فيتعين حكمه في تلك الواقعة المحكوم فيها ، وعندئذ يصير الحكم مجمعا عليه ، ذلك أن الله تعالى جعل للحاكم في مسائل الخلاف إنشاء الإلزام .

بمعنى أن الحاكم منفذ لحكم الله عن طريق الإلزام في مواضع الاجتهاد بمقتضى الدليل عنده إن كان مجتهدا ، أو حسبما يدل عليه الدليل عند مقلَّده -بفتح اللام المشددة- إن كان الحاكم مقلدا .

فقد جعل الله تعالى ما حكم به الحاكم بمثابة حكم الله بناء على القول بأن كل مجتهد مصيب ، أو على القول بأن كل مجتهد ليس بمصيب ، وذلك لعدم القطع بالخطأ مع وجوب العمل بالظن[2] ، فيكون حكم الحاكم في هذه الحالة كالنص الوارد في خصوص الواقعة موضوع الحكم .

فيعمل الجميع بحكم الحاكم لأنه حينئذ لا يجوز للمخالف أن يحكم في هذه الواقعة إلا بما حكم به الحاكم بناء على ما سلف ، فيصير الحكم متفقا عليه من الجميع .

فإذا حكم الحاكم في واقعة مثلا بفسخ عقد لكون مذهبه يرى فسخ العقد ، ورفعت تلك الواقعة بعينها إلى حاكم مخالف فإنه ملزم بتنفيذ ما

---

(١) حاشية الدسوقي : ٤/ ١٧٧ ، الفروق للقرافي : ٢/ ١٠٣ ، حاشية ابن عابدين : ١/ ٤٩٢ ، تنقيح الفصول ص٤١ .

(٢) شرح الأسنوي على المنهاج : ٤/ ٥٧٤ .

حكم به الحاكم من فسخ العقد بلا رد له ولا نقض ، ولا يراعي قول من أجاز ذلك العقد فيحكم بصحته .

ومقتضى الخلاف تمكين المجتهد المخالف من العمل بمذهبه أو بمراعاة قول يناسب الواقعة المعروضة للبحث لولا حكم الحاكم الذي صار المخالف ملزما بتنفيذه لبطلان الخلاف في موطن الاجتهاد بعد حكم الحاكم ، وتعين قوله وحكمه الذي حكم به بناء على الأصول الشرعية[1] .

وبذلك يرتفع الخلاف فلا يجوز للقاضي المخالف أن يحكم في هذه الواقعة بذاتها بصحة العقد لوجوب العمل بما حكم به الحاكم ، فالمرتفع هو العمل بمقتضى الخلاف من الناحية العملية ، لأن القضاء في محل الخلاف يرفع الخلاف في جواز الأخذ بكل واحد من القولين وترك العمل بالآخر فيصير المقضي به واجب العمل بعينه .

وبذلك يبطل الخلاف عمليا في الواقعة المحكوم فيها ويبقى الخلاف على حاله كما هو في الجانب النظري ، فالحكم عند المخالف حسب دليله الراجح عنده في المسألة أو بمراعاة قول غيره من جهة النظر ، لأن الخلاف بين العلماء موجود ، والموجود واقع لامحالة ، والواقع لايرتفع ، إذ من المحال رفع الواقع .

فالمرتفع إذن بحكم الحاكم هو مقتضى الخلاف ، أي العمل بموجبه ، أما

(١) الفروق للقرافي : ٢/ ١٠٣ .

نفس الخلاف من الناحية النظرية فيبقى على حاله[1] .

والدليل على أن حكم الحاكم يرفع الخلاف ما يلي:

١ـ لو جاز نقض حكمه بتغير اجتهاده ، أو بحكم حاكم آخر لأمكن نقض الحكم بالنقض ونقض النقض بالنقض إلى غير نهاية ، ويلزم من ذلك اضطراب الأحكام وعدم الوثوق بحكم الحاكم ، وهو خلاف المصلحة التي نصب الحاكم لها[2] .

جاء في جمع الجوامع : "لا ينقض الحكم في الاجتهاديات لا من الحاكم به ولا من غيره بأن اختلف الاجتهاد وفاقا ، إذ لو جاز نقضه لجاز نقض النقض وهلم جرا ، فتفوت مصلحة نصب الحاكم من فصل الخصومات "[3] .

٢ـ ولأن رسول الله ﷺ لما لم يؤمر بم يصنع في أسرى بدر استشار أصحابه فيهم ، فأشار عليه أبو بكر رضي الله عنه بالفداء انتفاعا بالمال ، وطمعا في إسلام من يرجى إسلامه ، وأشار عمر بن الخطاب رضي الله عنه بضرب أعناقهم استئصالا لشأفة الكفر وتقويضا لدعائمه ، وتقريرا لعزة الإسلام وهيبة المسلمين[4] .

---

(١) حاشية الدسوقي : ٤/ ١٧٧ .

(٢) الإحكام في أصول الأحكام : ٤/ ٢٧٣ .

(٣) جمع الجوامع للسبكي مع شرح المحلي : ٢/ ٣٩١ .

(٤) أخرجه أحمدفي مسنده : ٣/ ٢٤٣ ، وابن كثير في التفسير : ٤/ ٣٢ .

فاطمأن الرسول ﷺ إلى رأي أبي بكر الصديق رضي الله عنه وعمل به .

فنزل قوله تعالى : ﴿ مَا كَانَ لِنَبِيٍّ أَن يَكُونَ لَهُ أَسْرَىٰ حَتَّىٰ يُثْخِنَ فِي الأَرْضِ تُرِيدُونَ عَرَضَ الدُّنْيَا وَاللَّهُ يُرِيدُ الآخِرَةَ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾[1] .

فكان مؤيدا لرأي عمر من غير نقض لما تم بناؤه على رأي أبي بكر .

والمراد بقوله تعالى : ﴿لَوْلا كِتَابٌ مِّنَ اللَّهِ سَبَقَ لَمَسَّكُمْ فِيمَا أَخَذْتُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾[2] تخويف المجتهدين وحثهم على المبالغة في تحري الصواب .

٣ـ ولما روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه لقي رجلا ، فقال : " ما صنعت؟ يعني في مسألة كانت معروضة للفصل فيها ، فقال الرجل : قضى عليٌّ وزيد بكذا .

فقال عمر : لو كنت أنا لقضيت بكذا ، فقال : ما منعك ، والأمر إليك ، قال : لو كنت التمست الحكم من كتاب الله أومن سنة نبيه صلى ﷺ لرددتك إليه ولكني أخذت الحكم من الرأي والرأي مشترك " .

فلم ينقض عمر بن الخطاب رضي الله عنه ما حكم به عليٌّ وزيد رضي الله عنهما ، لعدم مخالفتهما لنص مقطوع[3] .

فإذا خالف الحكم الذي حكم به الحاكم الدليل القاطع من الكتاب أو

---

(١) الأنفال/ ٦٧ .

(٢) الأنفال/ ٦٨ .

(٣) أعلام الموقعين : ١/ ٦٥ .

السنة أو الإجماع أو القياس الجلي أو القواعد الكلية ، فإنه يجوز نقضه[1] .

أمثلة :

● إذا تزوج رجل دون حضور ولي المرأة ودخل بها ، ورفع الأمر إلى القاضي فحكم بفسخه ، فلا يجوز تصحيح العقد بمراعاة مذهب الحنفية الذين لا يشترطون الولي لصحة عقد النكاح .

ولولا حكم الحاكم لراعى المالكية قول الحنفية .

● إذا قال رجل لأجنبية إن تزوجتك فأنت طالق ثلاثا ثم تزوجها ورفعت تلك الواقعة إلى القاضي المالكي الذي يرى لزوم التعليق قبل الملك ووقوع الطلاق[2] ، فإن كل المجتهدين يلتزمون بهذا الحكم ولا يراعون مذهب الشافعي الذي يرى التعليق في الطلاق قبل الملك لغوا وباطلا[3] .

مع أن الإمام مالكا رحمه الله لما سأله أبو محمد المخزومي في هذه المسألة جعل التعليق لغوا مراعاة لمذهب الشافعية كما ذكرنا[4] .

---

(١) شرح تنقيح الفصول للقرافي : ص٤٤١ ، الاشباه والنظائر لابن نجيم : ص١٠٦ ، الأشباه والنظائر للسيوطي : ص١٠٥ ، الإحكام للآمدي : ٣/ ٢٣٢ ، المغني لابن قدامة : ٩/ ٥٦ ، أعلام الموقعين : ٤/ ٢٢٤ .

(٢) شرح الخرشي لمختصر خليل مع حاشية العدوي : ٧/ ١٦٦ ، حاشية الدسوقي : ٤/ ١٧٧ .

(٣) مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج : ٣/ ٢٩٢ .

(٤) انظر : ص ١٠٧ من هذه الرسالة .

● الشفعة تثبت للجار عند الحنفية[1] ولا تثبت عند المالكية[2]، فلو قضى مالكي بعدم ثبوت الشفعة للجار لم يجز نقضه لأحد ويحرم مراعاة قول الحنفية بعد حكم الحاكم لاستقرار الأحكام، وقطع دابر النزاع، ولولا حكم الحاكم لجاز مراعاة قول الحنفية وتمكين الجار من الشفعة.

وبهذا يتبين لنا أن مراعاة الخلاف تعتريها ثلاثة أحكام ، الوجوب ، والندب والحرمة والله أعلم.

---

(١) شرح الدر المختار: ٢/ ٥٦٧ .

(٢) بداية المجتهد: ٢/ ٢٨١ ، حاشية الدسوقي: ٤/ ١٧٤ .

المبحث الثاني
شروط مراعاة الخلاف

لم يراع المالكية الخلاف لذاته ، وليس لمجرد كون المسألة مختلفا فيها يجب تصحيحها أو منعها ، وإنما العبرة في كل ذلك بما ينقدح في ذهن المجتهد من الحاجة إلى مراعاة الخلاف في هذه المسألة أو تلك . وقد لا يراعيه في غيرها .

ولضبط عملية مراعاة الخلاف وضع علماء المالكية شروطا خاصة بالذي يراعي الخلاف، وبالدليل أو القول الذي يجب مراعاته .

الشرط الأول : أن يكون الذي يراعي الخلاف مجتهدا :

مراعاة الخلاف ليست في متناول كل شخص بل هي عملية دقيقة تحتاج إلى عالم مطلع على الخلاف ، وعنده قدرة على تمييز الأدلة الراجح منها والمرجوح ، وهو المجتهد .

قال الإمام الشاطبي : " مراعاة الأقوال الضعيفة أو غيرها شأن المجتهدين من الفقهاء ، إذ مراعاة الخلاف إنما معناها مراعاة دليل المخالف حسبما فسره لنا بعض شيوخنا المغاربة ، ومراعاة الدليل أو عدم مراعاته ليس إلينا معشر المقلدين ، فحسبنا فهم أقوال العلماء ، والفتيا بالمشهور منها، وليتنا ننجو مع ذلك رأسا برأس ، لا لنا ولا علينا "[1] .

---

(١) الفتاوى للإمام الشاطبي : ص١١٩ .

وقال الشيخ عليش[1] : " مراعاة الخلاف وظيفة المجتهد لا المقلد "[2] .

لأن مراعاة الخلاف بعد الوقوع بمثابة اجتهاد جديد لتحقيق مناط خاص يؤدي إلى ترجيح دليل مرجوح لما اقترن به من القرائن القوية .

والترجيح كما عرفوه هو تبيين المجتهد مزية معتبرة لأحد المتعارضين يقتضي تقديمه على الآخر .

ومراعاة الخلاف قبل الوقوع يحتاج أيضا إلى معرفة الأدلة وكيفية الجمع بينهما بما لا يؤدي إلى إبطال الفعل أو التصرف .

من هو المجتهد الذي يراعي الخلاف ؟

قسم العلماء المجتهدين إلى طبقات بحسب ما يمتلكون من شروط وصفات وهي كما يلي :

المجتهد المطلق :

وهو الذي استكمل أدوات الاجتهاد وحاز شروطه[3] ، واستطاع أن

---

(١) عليش : أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد عليش من أعيان المالكية ، أصله من طرابلس الغرب ، ولد بالقاهرة سنة ١٢١٧هـ ، وتعلم في الأزهر وولي مشيخة المالكية فيه ، واتهم بموالاة ثورة عرابي فسجن وهو مريض حتى مات سنة ١٢٩٩هـ، له مؤلفات في عدة فنون أغلبها مطبوع منها فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، ومنح الجليل شرح مختصر خليل . انظر : شجرة النور : ص٣٨٥ ، الفكر السامي : ٢/ ٣٦٠ ، الأعلام : ٦/ ٢٤٤ .

(٢) فتاوى الشيخ عليش : ٧٥ .

(٣) منار السالك : ص٤٠ .

ينظر في الأدلة الإجمالية والتفصيلية بإطلاق.

ومرتبة المجتهد المطلق تنقسم إلى قسمين:

المجتهد المطلق المستقل:

وهو العالم بكتاب الله، وسنة رسوله ﷺ، وأقوال الصحابة، فهو المجتهد في أحكام النوازل، يقصد فيها الأدلة الشرعية حيث كانت.

وهذا شأن الأئمة الأربعة مالك وأبي حنيفة والشافعي وأحمد بن حنبل[1] وغيرهم من الأئمة الذين لم تنتشر مذاهبهم لقلة أتباعهم، وعدم تسلسل الحملة عنهم، كالحسن البصري، وعبد الرحمن الأوزاعي[2]

---

(١) أحمد بن حنبل: أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني المروزي البغدادي أحد أئمة المذاهب الفقهية السنية الأربعة، ولد في بغداد، ونشأ فيها وتلقى علمه على مشايخها في الفقه والحديث وسائر العلوم، تنقل في بلدان كثيرة والتقى فيها العلماء، ضرب وعذب بسبب صلابة موقفه في وجه المعتزلة المثيرين لفتنة القول بخلق القرآن، كان إلى جانب علمه ورعا زاهدا، قال الشافعي: خرجت من بغداد وما خلفت فيها أفقه ولا أورع ولا أزهد من ابن حنبل، توفي رحمه الله سنة ٢٤١هـ من مؤلفاته المسند في الحديث والناسخ والمنسوخ والجرح والتعديل. انظر: طبقات الحنابلة لابن أبي يعلى: ١/ ٢١، شذرات الذهب: ٢/ ٩٦.

(٢) عبد الرحمن الأوزاعي: عبد الرحمن بن عمرو بن محمد أبو عمرو الأوزاعي إمام أهل الشام، كان إماما في الحديث كان يسكن بيروت، وكان أهل الشام والمغرب على مذهبه قبل انتقال المغرب إلى مذهب مالك نحو مائتي سنة، وهو من تابعي التابعين، وكان بارعا في الكتابة، توفي سنة ١٥٧هـ ببيروت. انظر: تذكرة الحفاظ: ١/ ١٧٨، وفيات الأعيان: ٢/ ٣١٠، تهذيب الأسماء: ١/ ٢٩٨.

وسفيان الثوري[1] .

المجتهد المطلق المنتسب :

وهو المتصف بصفات المستقل إلا أنه لم يبتكر لنفسه قواعد وأصولا لبناء الأحكام عليها كالمستقل ، بل سلك طريقة إمام من أئمة المذهب غير مقلد له، لا في المذهب، ولا في دليله، وإنما ينتسب إليه لسلوك طريقه في الاجتهاد[2] كابن القاسم وأشهب من المالكية، وأبي يوسف[3] ومحمد بن الحسن[4] من

---

(١) سفيان الثوري : سفيان بن سعيد بن مسروق أبو عبد الله الثوري الكوفي أمير المؤمنين في الحديث أجمع الناس على دينه وورعه ، وزهده وعلمه وهو أحد الأئمة المجتهدين ، عين على قضاء الكوفة فامتنع واختفى ، توفي سنة ١٦١هـ بالبصرة . انظر : وفيات الأعيان : ٢/ ١٢٧ ، طبقات الحفاظ : ص٨٨ ، صفة الصفوة : ٣/ ١٤٧ ، شذرات الذهب : ١/ ٢٥٠ .

(٢) منار السالك : ص٤٠ .

(٣) أبو يوسف : يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري الكوفي البغدادي صاحب الإمام أبي حنيفة : من الفقهاء والأصوليين المجتهدين المحدث الحافظ والعالم بالتفسير والمغازي تفقه على أبي حنيفة وروى عنه محمد بن الحسن وأحمد بن حنبل ويحيى بن معين من كتبه الخراج ، وأدب القاضي ، واختلاف الأمصار . انظر : طبقات الفقهاء للشيرازي : ص١٣٤ ، معجم المؤلفين : ١٣/ ٢٤٠ .

(٤) محمد بن الحسن : أبو عبد الله بن الحسن بن فرقد الشيباني من موالي بني شيبان إمام بالفقه والأصول سمع من أبي حنيفة وغلب عليه مذهبه وعرف به ، وهو الذي نشر علم أبي حنيفة ، أثنى عليه الشافعي وغيره ، له مؤلفات كثيرة منها الجامع الكبير ، ولد بواسط في العراق سنة ١٣١هـ. انظر : تهذيب الأسماء واللغات : ١/ ٨٠ ، الأعلام : ٦/ ٣٠٩ .

الحنفية والمُزَني[1] والبويطي[2] من الشافعية.

قال الشاطبي: "العلماء الذين بلغوا درجة الاجتهاد عند عامة الناس، كمالك والشافعي وأبي حنيفة كان لهم أتباع أخذوا عنهم وانتفعوا بهم وصاروا في عداد أهل الاجتهاد، مع أنهم عند الناس مقلدون في الأصول لأئمتهم، ثم اجتهدوا بناء على مقدمات مقلد فيها، واعتبرت أقوالهم واتبعت آراؤهم وعمل على وفقها، مع مخالفتهم لأئمتهم وموافقتهم.

فصار قول ابن القاسم أو قول أشهب أو غيرهما معتبرا في الخلاف على إمامهم كما كان أبو يوسف ومحمد بن الحسن مع أبي حنيفة، والمزني والبويطي مع الشافعي[3].

---

(١) المُزَني: أبو إبراهيم اسماعيل بن يحي المزني نسبة إلى مُزينة من مضر، صاحب الإمام الشافعي من أهل مصر وناصر مذهبه، كان حجة حتى قال عنه الشافعي: لو ناظر الشيطان لغلبه، له مؤلفات منها الجامع الكبير ولد سنة ١٧٥هـ، ووفاته سنة ٢٦٤هـ. انظر: طبقات السبكي: ٢/ ٩٣، الأعلام: ١/ ٣٢٧، طبقات الفقهاء للشيرازي: ص٩٧، وفيات الأعيان: ١/ ١٩٦.

(٢) البويطي: أبو يعقوب بن يحي البويطي نسبة إلى بويط من صعيد مصر، أكبر أصحاب الشافعي المصريين وخليفته في الدرس قال عنه الشافعي: "ليس أحد من أصحابي أعلم منه، أبو يعقوب لساني" له المختصر المشهور وأقل الكتب خطأ، وله كتاب الفرائض، روى له الترمذي. حمل إلى بغداد وامتنع من القول بخلق القرآن، فحبس حتى مات سنة ٢٣١هـ. انظر: طبقات الشافعية للسبكي: ٢/ ١٦٢، وفيات الأعيان: ٦/ ٦٠، شذرات الذهب: ٢/ ٧١، تهذيب الأسماء واللغات: ٢/ ٢٧٥.

(٣) الموافقات: ٤/ ٨٢.

المجتهد المقيد :

ويندرج تحت هذه المرتبة مجتهد المذهب ومجتهد الفتوى، وهما كما يلي :

مجتهد المذهب :

وهو المتمكن من تخريج الوجوه على نصوص إمامه ، ويقصد بالوجوه هنا الأحكام التي يبديها على نصوص إمامه فيما يبديه ويخرجه ويستنبطه بناء على نصوص المذهب ، ولذلك يطلق على صاحب هذه الرتبة أيضا أنه من أصحاب الوجوه ، كما يطلق عليه مجتهد التخريج[(١)] .

ولما كان التخريج مرتبطا بعملية القياس ، كان لابد لمجتهد المذهب من معرفته .

وفي هذا يقول الإمام القرافي : "فلا يجوز التخريج حينئذ إلا لمن هو عالم بتفاصيل أحوال الأقيسة والعلل ، ورتب المصالح ، وشروط القواعد، وما يصلح أن يكون معارضا ، وما لا يصلح ، وهذا لا يعرفه إلا من يعرف أصول الفقه معرفة حسنة "[(٢)] .

مجتهد الفتوى :

وهو المتبحر في مذهب إمامه ، المطلع على فروع هذا المذهب ، وأقوال

---

(١) نشر البنود على مراقي السعود : ٢/ ٣٢٤ ، منار السالك : ص٤١ .

(٢) الفروق للقرافي : ٢/ ١٠٨ .

الإمام فيه ، وأقوال أصحابه ، وله القدرة على الترجيح بين هذه الأقوال عند التعارض ، ومعنى هذا أن له علما بطرق الترجيح وبأحكامه ، كما أن له معرفة بالأقوال المعتمدة في المذهب ، لأنه بإدراكها يستطيع معرفة الراجح من المرجوح والضعيف من القوي .

جاء في مراقي السعود :

مجتهد الفتيا الذي يرجح قولا على قول وذلك أرجح[1]

يتبين لي أن تصنيف مراتب المجتهدين باستثناء مرتبة المجتهد المطلق أمر نسبي ، لأنها قد تتداخل بينها ، فمجتهد المذهب قد يقوم بعمل مجتهد الفتوى أو العكس ، والعبرة بتحصيل الأدوات المؤهلة لذلك .

فالذي يراعي الخلاف يجب أن يحصل من أدوات الاجتهاد ما يمكنه من النظر في الخلاف وأدلته ، ومعرفة متى وكيف يراعى الخلاف، دون تحديد للمرتبة الاجتهادية ، لأن مراعاة الخلاف بعد الوقوع متوقفة على معرفة مدرك المجتهد المخالف ودليله، وما احتف بالواقعة من ملابسات جديدة اقتضت تجديد الاجتهاد فيها .

وكذلك الأمر بالنسبة للخروج من الخلاف ابتداء من حيث معرفة الراجح من المرجوح .

أما الذي يعمل بمقتضى مراعاة الخلاف فلا يشترط فيه صفة الاجتهاد بل

---

(١) نشر البنود : ٢/ ٣٢٤ .

يجوز أن يكون مقلدا ، لأن مراعاة الخلاف تصبح حينئذ قولا من أقوال المذهب ، أو بعبارة أخرى ، فإن وظيفة المجتهد إنشاء حكم جديد بناء على مراعاة الخلاف ، أما عمل المقلد فهو العمل بما توصل إليه المجتهد وتطبيقه في الوقائع المماثلة دون النظر إلى دليل ذلك القول.

وهذا ما قصده الشاطبي بقوله : "فإن العامي إذا سمع في الفقه أن الزيادة الفعلية في الصلاة سهوا من غير جنس أفعال الصلاة أو من جنسها إن كانت يسيرة فمغتفرة وإن كانت كثيرة فلا ، فوقعت له في صلاته زيادة ، فلابد له من النظر فيها حتى يردها إلى أحد القسمين، ولا يكون ذلك إلا باجتهاد ونظر ، فإذا تعين له قسمها تحقق له مناط الحكم فأجراه عليه ، وكذلك سائر تكليفاته "[1] .

شروط وصفات المجتهد الذي يراعي الخلاف :

بالإضافة إلى الشروط العامة التي يجب أن تتوفر في المجتهد كل حسب رتبته هناك شروط خاصة في المجتهد الذي يراعي الخلاف وهي :

١ - أن يكون عالما بمواضع الاختلاف :

بأن يكون مطلعا على أقوال المجتهدين وأدلتهم فلا يعقل أن يراعي الخلاف من لا يعلمه ، لذلك جعل العلماء العلم معرفة الاختلاف ، فعن قتادة : "من لم يعرف الاختلاف لم يشم أنفه الفقه "[2] .

---

(١) الموافقات : ٤/ ٦٧ .

(٢) الموافقات : ٤/ ١١٧ .

وقال هشام بن عبيد الله الرازي[1] : "من لم يعرف اختلاف القراءة فليس بقارئ ، ومن لم يعرف اختلاف الفقهاء فليس بفقيه "[2] .

وعن عطاء[3] : "لا ينبغي لأحد أن يفتي الناس حتى يكون عالما باختلاف الناس ، فإنه إن لم يكن كذلك رد من العلم ما هو أوثق من الذي في يديه "[4] .

وقال الإمام مالك : "لا تجوز الفتيا إلا لمن علم ما اختلف الناس فيه "[5] وغيرها من النقول .

والمراد بالعلم بالخلاف أدلته ومواقعه .

قال الشاطبي : "وحاصله معرفة مواقع الخلاف ، لا حفظ مجرد

---

(١) هشام بن عبيد الله الرازي : السُني الفقيه أحد أئمة السنة أخذ عن ابن أبي ذئب ومالك بن أنس ، وحماد بن زيد وعنه بقية بن الوليد ، وأبو حاتم الرازي وغيرهم كان من بحور العلم كما قال الذهبي ، مات سنة ٢٢١هـ . انظر : تهذيب التهذيب : ١١/ ٤٧-٤٨ ، سير أعلام النبلاء : ١٠ / ٤٤٦ ، شذرات الذهب : ٢/ ٤٩ .

(٢) الموافقات : ٤/ ١١٧ .

(٣) عطاء : بن أبي رباح مفتي الحرم أبو محمد القرشي مولاهم المكي ، ولد أثناء خلافة عثمان ونشأ بمكة ، حدث عن عائشة وأم سلمة وابن عباس وغيرهم وحدث عنه مجاهد والسبيعي ، مات سنة ١١٤هـ وقيل غير ذلك . انظر : طبقات ابن سعد : ٥/ ٤٦٧ ، وفيات الأعيان : ٣/ ٢٦١ ، سير أعلام النبلاء : ٥/ ٧٨ ، شذرات الذهب : ١/ ١٤٧ .

(٤) المعيار المعرب : ١٢/ ٢٠١ .

(٥) المرجع السابق .

الخلاف "[1].

٢- أن يكون عالما بمقاصد الشريعة قادرا على استنباط الأحكام منها :

وخاصة عند مراعاة الخلاف بعد الوقوع، لما يحتاجه المجتهد من النظر في مآلات الأفعال ، فينظر إلى نتائج تصرف المكلف ويحكم عليها بناء على مطابقتها أو مخالفتها لمقاصد الشارع .

لأن الشارع الحكيم قصد بتشريع الأحكام تحقيق معانيها المقصودة ، وهي المصالح التي أراد تحقيقها في الحياة ، وأن هذه الأحكام إنما هي مجرد وسائل لتلك المقاصد .

فيكون دليل النهي راجحا قبل الوقوع، ودليل الجواز مرجوحا ، فإذا وقع المكلف في المنهي عنه ، وعلم المجتهد أن ترتيب نتائج النهي على ما فعله يؤدي إلى مفسدة ، عدل عن دليله الراجح ، وأخذ بدليل المخالف الذي أصبح راجحا بعد الوقوع لما اقترن به من القرائن ، وأهمها دفع المفسدة ورفع الضرر ، وجلب المصلحة .

فالنظر في مراعاة الخلاف بعد الوقوع ، ليس قاصرا على الدليل المرجوح بل هو نظر أعم يشمل الواقعة بكل جوانبها من حيث تحقيقها لمقاصد الشارع ، فمتى انقدح في ذهن المجتهد أن تصحيح الفعل موافق لمقاصد الشارع ، أقدم على تصحيحه دون تردد ولو خالف اجتهاده الأصلي، وهذا أهم ضابط في مراعاة الخلاف بعد الوقوع .

---

(١) الموافقات : ٤/ ١١٧ .

فهناك وقائع كثيرة لم يراع فيها الخلاف ، وما ذلك إلا لكونها لا تحقق مقصد الشارع ، بل إبقاؤها على حالة النهي هو مقصود الشارع .

ومقاصد الشريعة كما عرفها الشيخ الطاهر بن عاشور[1] هي :

" المعاني والحكم الملحوظة للشارع في جميع أحوال التشريع أو معظمها بحيث لا تختص ملاحظتها بالكون في نوع من أحكام الشريعة ، فيدخل في هذا أوصاف الشريعة ، وغاياتها العامة ، والمعاني التي لا يخلو التشريع عن ملاحظتها ، ويدخل في هذا أيضا معان من الحكم ليست ملحوظة في سائر أنواع الأحكام ولكنها ملحوظة في أنواع كثيرة منها "[2] .

وعرفها الأستاذ علال الفاسي[3] بأنها : " الغاية منها الأسرار التي

---

(١) الطاهر بن عاشور : محمد الطاهر بن محمد بن عاشور التونسي ، ولد سنة ١٢٩٦هـ بالمرسى ، حفظ القرآن والمتون وانتسب إلى جامع الزيتونة عام ١٣١٠هـ وأخذ العلم عن كبار علماء الزيتونة منهم الشيخ سالم بو حاجب درس بجامع الزيتونة وقام ببعض الإصلاحات العلمية ، كما تولى الإفتاء والقضاء ، وانتفع به طلبة الزيتونة وتخرج على يديه عدد كبير من العلماء ، صنف الطاهر بن عاشور مصنفات غاية في الإبداع منها : التحرير والتنوير مقاصد الشريعة الإسلامية ، وحاشية على التنقيح للقرافي ، وغير ذلك توفي سنة ١٣٩٣هـ الموافق لسنة ١٩٧٣م رحمه الله . انظر : تراجم الأعلام لمحمد الفاضل بن عاشور : ص٤٨٣ .

(٢) مقاصد الشريعة الإسلامية للطاهر بن عاشور : ص٥١ .

(٣) علال الفاسي : علال بن عبد السلام الفاسي ، من كبار الخطباء العلماء والزعماء الوطنيين في المغرب ، ولد بفاس وتعلم بالقرويين ، أنشأ حزب الاستقلال ، سافر إلى أوروبا ودول المشرق ، وله مؤلفات منها : النقد الذاتي ، دفاع عن الشريعة ، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها ، أصيب بأزمة قلبية في رومانيا وتوفي بها سنة ١٩٧٤م . انظر : الأعلام : ٤/ ٢٤٦ .

وضعها الشارع عند كل حكم من أحكامها "[1] .

ومقاصد الشريعة هي :

المقصد الأول : إصلاح الفرد وتهذيبه عن طريق العبادات والأخلاق .

المقصد الثاني : إصلاح الجماعة الإسلامية ، وإشاعة العدل والفضل في معاملاتها ، والمساواة في تطبيق الأحكام عليها ، وأجمع آية تدل على ذلك قوله تعالى : ﴿**إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ**﴾[2] .

المقصد الثالث : رعاية المصلحة الراجعة إلى حفظ الضروريات[3] والحاجيات والتحسينات وما يقابلها من درء المفاسد المتعلقة بها .

وفي ذلك يقول الشاطبي : " واستقر بالاستقراء العام أن المصالح على ثلاث - يقصد الضروريات والحاجيات والتحسينات - فإذا بلغ الإنسان مبلغا فهم عن الشارع فيه قصده في كل مسألة من مسائل الشريعة وفي كل باب من أبوابها ، فقد حصل له وصف هو السبب في تنزيله منزلة الخليفة للنبي ﷺ في التعليم ، والفتيا ، والحكم بما أراه الله "[4] .

---

(١) مقاصد الشريعة ومكارمها : ص٣ .

(٢) النحل / ٩٠ .

(٣) وهي التي تعتبر لازمة لحياة الناس فإذا انعدمت حلت الفوضى واختل توازن المجتمع في الدنيا والخسران وعدم النجاة في الآخرة، ومجموع هذه الضروريات خمسة وهي : حفظ الدين حفظ النفس حفظ النسل حفظ المال حفظ العقل . انظر : الموافقات : ٢/ ٤ وما بعدها .

(٤) الموافقات : ٤/ ١٠٦ .

٣- العلم بكيفية تحقيق المناط الخاص :

وهذا الشرط خاص بمراعاة الخلاف بعد الوقوع ، والمناط نوعان ، عام وخاص .

فتحقيق المناط العام :

هو النظر في تعيين المناط من حيث هو للمكلف ، فينظر المجتهد إلى المكلف وما يتصف به من الصفات حسب ما يظهر له ويوقع عليه ما يقتضيه النص من التكاليف المشروطة بصفات ذلك المكلف .

فإذا اتصف المكلف بالعدالة أوقع عليه المجتهد التكاليف المشروطة بالعدالة .

وإذا نظر في الأوامر والنواهي والأمور الإباحية ووجد المكلفين والمخاطبين على الجملة أوقع عليهم أحكام تلك النصوص من غير التفات إلى شيء غير القبول المشروط بالتهيئة الظاهرة ، فالمكلفون كلهم في أحكام تلك النصوص على سواء في النظر .

أما تحقيق المناط الخاص :

هو النظر في تعيين المناط في حق كل مكلف بالنسبة إلى ما وقع عليه من الدلائل التكليفية أو النظر فيما يصلح بكل مكلف في نفسه ، بحسب وقت دون وقت ، وحال دون حال ، وشخص دون شخص لتفاوت النفوس في قبول الأعمال الخاصة .

وهذا يحتاج إلى نوع خاص من المجتهدين ممن يجمعون بين العلم بالنصوص والمقاصد ، والإلمام العميق بطبائع النفوس ، قال الإمام الشاطبي :

" فصاحب هذا التحقيق الخاص هو الذي رزق نورا يعرف به النفوس ومراميها وتفاوت إدراكها ، وقوة تحملها للتكاليف ، وصبرها على حمل أعبائها أو ضعفها ، ويعرف التفاتها إلى الحظوظ العاجلة أو عدم التفاتها ، فهو يحمل على كل نفس من أحكام النصوص بما يليق بها بناء على أن ذلك هو المقصود الشرعي في تلقي التكاليف[١] .

والأمثلة على ذلك كثيرة في المذهب المالكي .

ومنها ما ذكرنا من مراعاة الإمام مالك قول من يرى أن من قال : إن تزوجت فلانة فهي طالق ، فإذا تزوجها لا شيء عليه ، مع أن مذهبه أنها تطلق عليه ، لكن لما سأله أبو محمد المخزومي أفتاه بغير مذهبه وما ذلك إلا لتحقيق المناط الخاص ، لما رأى شدة العنت والحرج الذي سيقع فيه المكلف لو أوقع عليه الطلاق .

وكذلك فعل ابن القاسم مع ولده .

ومنها ما حكاه القاضي عياض عن البهلول بن راشد[٢] أنه أتاه رجل ،

---

(١) المرجع السابق : ٤/ ٧١ .

(٢) البهلول بن راشد : أبو عمر البهلول بن راشد الحجري الرعيني بالولاء ، من أهل القيروان فقيه محدث ومن العلماء الزهاد ، سمع من الإمام مالك وعلي بن زياد وسفيان الثوري وغيرهم ، وسمع منه سحنون ويحي بن سلام ودحيون بن راشد ، له الجامع أو الديوان في الفقه على مذهب مالك ولد سنة ١٢٨ ، وتوفي سنة ١٨٢هـ . انظر : شجرة النور : ص٦٠ ، تراجم المؤلفين التونسيين : ٥/ ٢٢٢ .

فقال بهلول: ما أقدمك؟ قال: نازلة، رجل ظلمه السلطان فأخفيته وحلفت بالطلاق ثلاثا ما أخفيته.

قال البهلول: مالك يقول: إنه يحنث في زوجته.

فقال السائل: وأنا قد سمعته يقول غير هذا.

فقال: ما عندي غير ما تسمع. قال: فتردد إليه ثلاثا كل ذلك يقول له البهلول قوله الأول.

فلما كان في الثالثة أو الرابعة قال: الحسن يقول: لا حنث عليه في يمينه.

فقال السائل: الله أكبر، قلدها الحسن أو كما قال".

قلدها: أخذها في عنقه كالقلادة، أي أنه هو المسؤول عنها ولست مسؤولا فاعمل بقوله والعهدة عليه[1].

فقد شعر البهلول أن الرجل قد وقع في ورطة لم يستطع أن يتحملها، وإعمال القول الراجح من الحنث في يمينه، قد يدخل مفسدة على صاحب النازلة، فراعى البهلول قول المخالف لتحقيق المناط الخاص، والله أعلم.

الشرط الثاني: أن تكون المسألة مختلفا فيها:

أي أن تكون المسألة التي روعي فيها الخلاف مختلفا فيها، قال الشاطبي: "فلذلك نجد المسائل المتفق عليها لا يراعى فيها غير دليلها، فإن

---

(١) الموافقات: ٤/ ٩٨.

كانت مختلفا فيها روعي فيها قول المخالف وإن كان على خلاف الدليل الراجح عند المالكي فلم يعامل المسائل المختلف فيها معاملة المتفق عليها .

ألا تراهم يقولون : "كل نكاح فاسد اختلف فيه فإنه يثبت به الميراث ويفتقر فسخه إلى الطلاق ... "[1] .

وهذا ما قصده الإمام مالك رحمه الله بقوله : "ما كان من جور بين الخطأ لم يختلف الناس في خطئه فإنه يرد " .

ولا يشترط في الخلاف أن يكون خارج المذهب ، بل يراعى كذلك الخلاف داخل المذهب المالكي ، والأمثلة على ذلك كثيرة منها :

سئل ابن القاسم عن رجل كانت تحته نصرانية ، وله منها أولاد ، فماتت أو طلقها ، وتزوجت ، ولها أخت غير مسلمة ، فمن أحق بالأولاد من أبيهم؟ .

فقال : إذا تزوجت أمهم أو ماتت ، فالأب أولى ببنيه من خالتهم " . يريد خالتهم النصرانية .

قال ابن رشد : مراعاة لقول من لا يرى للنصرانية حضانة ، وهو ابن وهب[2] .

وسئل ابن القاسم عن الرجل يبيع السفينة من الرقيق من السند والزنج

---

(١) الموافقات للإمام الشاطبي : ٤/ ١٠٨ .

(٢) انظر : البيان والتحصيل : ٥/ ٤١٣ .

فتباع جملة ، فتوجد بينهم جارية حامل ، أترد؟ .

قال : "ما أرى ذلك لهم ، لأنهم وخش[١] "[٢] .

قال ابن رشد : "مراعاة لقول من لا يرى الحمل عيبا في وخش الرقيق وممن قال بذلك ابن كنانة[٣] "[٤] .

الشرط الثالث : أن يكون الدليل المراعى قويا :

لا يراعى من الخلاف إلا ما قوي دليله ، ورجح مدركه[٥] في نظر المجتهد .

قال القرطبي : "لم يراع مالك كل خلاف ، وإنما راعى خلافا

---

(١) الوخش : هم رذالة العبيد وصغارهم ، ويكون للواحد والاثنين ، والجمع والمؤنث بلفظ واحد . لسان العرب : ٦/ ٣٧١ ، مختار الصحاح : ص٧١٣ .

(٢) البيان والتحصيل : ٨/ ٦٥٢ .

(٣) ابن كنانة : عثمان بن عيسى يكنى أبا عمرو وكنانة مولى عثمان بن عفان ، أخذ عن الإمام مالك ، وغلب عليه الرأي قال الشيرازي : " كان مالك يحضره لمناظرة أبي يوسف عند الرشيد وهو الذي جلس في حلقة مالك بعد وفاته " قال ابن بكير : لم يكن عند مالك أضبط ولا أدرس من ابن كنانة ، توفي سنة ١٠٨هـ بمكة وهو حاج . انظر : الانتقاء لابن عبد البر : ص٥٥ ، ترتيب المدارك : ٣/ ٢١ ، طبقات الفقهاء للشيزاري ص١٤٦ .

(٤) البيان والتحصيل : ٨/ ٢٥٦ .

(٥) رجحان وقوة المدرك : ما يوجب وقوف الذهن عندها وتعلق ذي الفطنة بسبيلها . انظر : الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام للقرافي ص٦٨ ، والفروق : ٤/ ٥١ ، الأشباه والنظائر لابن السبكي : ١/ ١١٦ .

لشدة قوته "[1] .

وقال ابن رشد : "على قوة الخلاف تقوى مراعاته "[2] .

وهذا ما كان يؤكد عليه الإمام مالك رحمه الله فقد روى عنه ابن القاسم أنه قال : "ليس كل ما قال رجل قولا ، وإن كان له فضل يتبع عليه ، لقوله تعالى : ﴿الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ[3]﴾[4] .

ومعنى كلام مالك رحمه الله أنه ليس كل قول صدر عن عالم فاضل يعتبر ويعتد به ، وإنما يعتبر قول له حظ من النظر وهو المشهور والراجح .

قال ابن عبد السلام : "الذي يعتقد أن الإمام إنما يراعي ما قوي دليله "[5] .

وهذا ما يفسر عدم اطراد مراعاة الخلاف في كل الفروع ، لأن العبرة ليست في وجود الخلاف ، وإنما في قوة الدليل المراعى .

قال القباب : " ... ثم إذا وقع العمل على مقتضى الدليل الآخر ، راعى ما لهذا الدليل من القوة التي لم يسقط اعتبارها في نظره جملة ... لأنه لو كان يراعي الخلاف مطلقا ، لما ثبت له مذهب بوجه ، ولأصبح أيضا يراعي القائلين ، فإنه تارة يراعي قول ابن المسيب ، وابن شهاب ، وتارة يطرح

---

(١) البحر المحيط للزركشي : ٨/ ٣١٠ .

(٢) البيان والتحصيل : ٤/ ٣٠١ .

(٣) الزمر/ ١٨ .

(٤) رفع العتاب والملام عمن قال العمل بالضعيف اختيارا حرام لمحمد بن القاسم الفاسي : ص٢٧ .

(٥) شرح حدود ابن عرفة للرصاع : ١/ ٢٦٩ .

الجميع ، ويقول : كل كلام ، فيه مقبول ومردود ، إلا كلام صاحب هذا القبر "[1] .

أي : عندما يظهر ضعف دليل المخالف يهمله ولا يراعيه ، ويبقي اجتهاده الأول على حاله إذا كانت مراعاة الخلاف بعد الوقوع ، ولا يأخذ به للاحتياط ابتداء إذا كانت قبل الوقوع .

وهناك مسائل كثيرة لم يراع فيها الإمام مالك الخلاف لضعف دليله منها :

سئل الإمام مالك عمن صلى خلف رجل ، فلما قضى صلاته وجد منه ريح نبيذ .

فقال : " إن كان لم يستنكر شيئا من عقله وصلاته ، فلا أرى أن يعيد ، لعله نبيذ لا بأس به "[2] .

قال ابن رشد معلقا على هذه الفتوى : " ... وفي قوله : لعله نبيذ لا بأس به دليل على أنه لو تيقن أنه نبيذ مسكر لوجبت عليه الإعادة وإن لم يكن سكر منه ، وهذا صحيح على أصل مذهبه في أن ما أسكر كثيره من الأشربة فقليله حرام كالخمر ، يجب فيه الحد وإن لم يبلغ به حد السكر ، وتسقط به شهادته .

ويجب على من ائتم به إعادة صلاته كمن ائتم بشارب الخمر على ما

---

(١) المعيار المعرب : ٦/ ٣٨٨ .

(٢) البيان والتحصل : ١/ ٤٤٠ .

قال ابن وهب في سماع عبد الملك[1] أو بفاسق معلن بالفسق ، من أجل أنه لا يؤتمن على ما لا تصح الصلاة إلا به من الوضوء والنية وشبه ذلك .

ولا يراعى في ذلك مذهب أهل العراق ، فيعذر أحد به ، لبعده عن الصواب ومخالفته لما صح وثبت من الآثار ، وبعده في النظر والاعتبار "[2] .

ومذهب أهل العراق من الحنفية ، أن الخمر ما اختمر من ماء العنب إذا اشتد دون غيره ، فلا يدخل النبيذ[3] .

ـ وقال الإمام مالك : " من جس امرأته للذة ، ثم نسي فصلى ، ولم يتوضأ ، إنّه يعيد في الوقت وبعد الوقت "[4] .

ومعناه أنه جسها قاصدا للذة ، فلذلك قال : انه يعيد أبدا .

قال ابن رشد : " ولم يراع مذهب أهل العراق[5] وما روي عن عمر بن

---

(١) عبد الملك هو عبد الملك بن الماجشون وقد تقدمت ترجمته : ص٥٧ .

(٢) البيان والتحصيل : ١/ ٤٤٠ .

(٣) انظر : تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي : ٦/ ٤٤ ، الهداية شرح بداية المنتهي لعلي بن أبي بكر المرغيناني : ٤/١٠٨ ، المبسوط للسرخسي : ٢/ ٢٤ انظر : رد الجمهور على مذهب الحنفية في : التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد لابن عبد البر : ١/ ٢٤٥ ، والكافي لابن عبد البر : ١/ ٣٨١ ، المغني لابن قدامة : ١٢/ ٤٩٥ ، شرح صحيح مسلم النووي : ١٣/ ١٤٨ ، فتح الباري : ١٠/ ٤٨ ، سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الحكام للصنعاني : ٤/١٣١٨ ، نيل الأوطار شرح المنتقى من أخبار المصطفى للشوكاني : ٨ / ١٧٧ .

(٤) البيان والتحصيل : ٢/ ٢١ .

(٥) انظر : مختصر الطحاوي : ص١٩ ، تحفة الفقهاء : ٢/ ٢٢ .

الخطاب وعبد الله بن عباس من أن الملامسة للذة لا تنقض الوضوء ، لحملهما الملامسة التي عنى الله بقوله تعالى : ﴿أَوْ لامَسْتُمُ النِّسَاءَ﴾[1] إلى الجماع دون ما سواه احتياطاً للصلاة "[2] .

- وقال ابن القاسم في المسافر ينوي إقامة أربعة أيام فيقصر الصلاة ، قال : " عليه الإعادة في الوقت وبعده "[3] .

لم يراع ابن القاسم اختلاف العلماء في تحديد أيام الإقامة للمسافر ، لضعفه في نظره .

قال ابن رشد تعليقا على فتوى ابن القاسم : "إلا أنه ضعف – أي الخلاف– في تحديد مدة إقامة المسافر فلم يراعه ، لذلك أوجب الإعادة أبدا على من قصر وقد نوى الإقامة أربعة أيام "[4] .

- ومن ثم كان الصوم في السفر أفضل لمن قوي عليه ، ولم يبال بقول داود الظاهري[5] أنه لا يصح[6] ، أي الصوم .

---

(١) النساء / ٤٣ .

(٢) البيان والتحصيل : ٢/ ٢١ .

(٣) المرجع السابق : ٢/ ٤٠ .

(٤) المرجع السابق : ٢/ ٤٠ .

(٥) داود : الإمام أبو سليمان داود بن علي بن خلف الأصفهاني ثم البغدادي الظاهري لأخذه بظاهر الكتاب والسنة واعراضه عن التأويل والرأي والقياس وإليه تنسب طائفة الظاهرية ، مولده سنة ٢٠١هـ ووفاته سنة ٢٧٠هـ. انظر : شذرات الذهب : ٢/ ١٥٨ ، والأعلام : ٣/ ٨ .

(٦) الأشباه والنظائر للسيوطي : ص١٥٢ .

وقال القرافي بعد أن مثل لمراعاة الخلاف قبل الوقوع أو الخروج من الخلاف :

" . . . وهذا مع تقارب الأدلة ، أما إذا كان أحد المذهبين ضعيف الدليل جدا ، بحيث لو حكم به الحاكم لنقضناه لم يحسن الورع في مثله ، وإنما يحسن إذا كان مما يمكن تقريره شريعة "(١) .

وقال إبراهيم اللقاني : " واعلم أن مالكا وأهل مذهبه وإن قالوا برعي الخلاف ، فمراعاتهم للخلاف المشهور أتم ، وكلما قوي الخلاف قويت مراعاته ، وكلما شذ الخلاف ضعفت مراعاته "(٢) .

ويستعمل علماء المالكية أيضا كلمة المشهور في وصف الدليل الذي يجب مراعاته ، كما قال ابن عبد السلام : " وإذا لم نراع كل خلاف راعينا المشهور "(٣) .

وقال القباب : " إنه يراعى المشهور "(٤) .

غير أن المالكية اختلفوا في تعريف المشهور ، هل هو ما كثر قائله ، أو ما قوي دليله؟ .

قال خليل في التوضيح : " فائدة : كثيرا ما يذكر أهل المذهب الحكم كذا

---

(١) الفروق للقرافي : ٤/ ٢١٢ .

(٢) منار أهل الفتوى لإبراهيم اللقاني : ص٣١١ .

(٣) شرح حدود ابن عرفة : ١/ ٢٦٩ .

(٤) منار أهل الفتوى : ص٣١١ .

مراعاة للخلاف ، ويقولون : هل يراعى كل خلاف أو المشهور ، والمشهور ما قوي دليله أو كثر قائله ؟ خلاف "[1] .

قولان في المذهب[2] ، يحسن التوقف عندهما بشئ من التفصيل لعلاقتهما بالدليل الذي يجب مراعاته .

تعريف المشهور :

في اللغة : مشتق من الشهرة ، وهي الوضوح والبيان والإعلان[3] .

أما في الاصطلاح فهناك تعريفان :

الأول : المشهور هو ما كثر قائله :

وهو الذي أخذ به أكثر علماء المذهب ، جاء في منار السالك أن الصواب في تعريف المشهور هو ما كثر قائله ، لوجوه :

---

(١) الإسعاف بالطلب مختصر شرح المنهج المنتخب : ص٧٢ .

(٢) وهناك قول ثالث في المذهب المالكي يعتبر المشهور قول ابن القاسم في المدونة لأن ابن القاسم لزم مالكا أزيد من عشرين سنة ، لم يفارقه حتى توفي ، وكان لا يغيب عن مجلسه إلا لعذر ، وكان عالما بالمتقدم والمتأخر ، أما المدونة فهي الكتاب الثاني بعد الموطأ ، وهي أم المذهب وأساسه من حيث الرواية ، وما اشتلمت عليه من أقوال إمام المذهب وبعض تلامذته . حتى قالوا : قول مالك في المدونة أولى من قول ابن القاسم فيها ، لأنه الإمام الأعظم ، وقول ابن القاسم فيها أولى من قول غيره فيها ، لأنه أعلم بمذهب مالك ، وقول غيره فيها أولى من قول ابن القاسم في غيرها وذلك لصحتها . انظر : تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام لابن فرحون : ١/ ٢٨ ، ترتيب المدارك : ٣/ ٢٤٥ .

(٣) لسان العرب : ٤/ ٤٣١ ، القاموس المحيط : ٢/ ٦٧ .

الأول: إن هذا التفسير هو الموافق للمعنى اللغوي في لفظ المشهور ، ولا شك أن الحكم الصادر من جماعة أكثر من ثلاثة ظاهر.

الثاني: لو لم يفسر المشهور بذلك لكان مرادفا للراجح ، فلا تتأتى المعارضة بينهما ، مع أنها ثابتة عند جمهور الفقهاء والأصوليين.

الثالث: لو كان المشهور هو ما قوي دليله لم يتأت في القول الواحد أن يكون مشهورا أو راجحا باعتبارين مختلفين مع أنه ثبت عن العلماء أن أحد القولين يكون مشهورا لكثرة قائله ، وراجحا لقوة دليله(١) .

والكثرة هنا تقوم مقام الدليل ، لأنها مظنة له عند المقلد ، وفي بعض الأحيان عند المجتهد.

وقد كان الإمام مالك يسلك في اختلاف الصحابة والتابعين مسلك الترجيح بكثرة القائلين منهم ، مع مراعاة الأدلة في ذلك.

قال ولي الله الدهلوي(٢) : " ... وقد اشتهر عن مالك أنه يتمسك بإجماع أهل المدينة ، فإن اتفق أهل البلد على شيء أخذوا عليه بالنواجذ ، وهو الذي يقول فيه مالك وفي مثله : السنة التي لا اختلاف فيها عندنا

---

(١) منار السالك : ص٤٤ .

(٢) ولي الله الدهلولي : أحمد بن عبد الرحيم الفاروقي الدهلولي الهندي أبو عبد العزيز الملقب شاه ولي الله ، فقيه حنفي من المحدثين من أهل دلهي بالهند ، أحيا الله به وبأولاده وتلاميذه السنة بالهند ، له كتب كثيرة منها : حجة الله البالغة ، والإنصاف في أسباب الاختلاف ، توفي سنة ١١٧٩هـ وقيل سنة ١١٧٦هـ. انظر : فهرس الفهارس : ١/ ١٢٥ ، الأعلام : ١/ ١٤٩ ، معجم المؤلفين : ٤/ ٢٩٢ .

كذا وكذا . . .

وإن اختلفوا ، أخذ بأقواها وأرجحها ، إما لكثرة القائلين به ، أو لموافقته لقياس قوي أو تخريج من الكتاب والسنة ، وهو الذي يقول في مثله مالك : "هذا أحسن ما سمعت "[1] .

فالأكثرية العددية من المرجحات عند الإمام مالك بين أقوال الصحابة والتابعين وهي من متعلقات المشهور .

وقد حدد علماء المالكية هذه الكثرة بثلاثة فأكثر .

قال ابن فرحون : "وقد اختلف المتأخرون في رسمه -أي المشهور- فقيل المشهور ما قوي دليله ، وقيل ما كثر قائله . . . وعلى القول الثاني فلابد أن تزيد نقلته على ثلاثة ، ويسميه الأصوليون المشهور والمستفيض أيضا "[2] .

وقال أبو عبد الله الفاسي[3] : "وعلى هذا القول في تفسير المشهور ،

---

(١) حجة الله البالغة لولي الله الدهلولي : ١/ ٣٠٣ .

(٢) كشف النقاب الحاجب عن مصطلحات ابن الحاجب لابن فرحون : ص٦٣ .

(٣) أبو عبد الله الفاسي : محمد بن قاسم القادري الحسني الفاسي الإمام النحرير عالم مشارك في الفقه والأصلين ولد سنة ١٢٥٩هـ عين قاضيا بالسويرة بالمغرب ، له تصانيف مفيدة منها الحاشية الكبرى على شرح ابن كيران على توحيد المرشد المعين ، وحاشية على شرح الشيخ جسوس على الشمائل وكتاب رفع العتاب والملام عمن قال العمل بالضعيف اختيارا حرام . توفي سنة ١٣٣١هـ رحمه الله . انظر : الفكر السامي : ٢/ ٣١٧-٣١٨ ، فهرس الفهارس للكتاني : ٢/ ٢٩٢ .

فلابد أن يزيد قائله على ثلاثة ، أي لا يقال في حكم أنه مشهور إلا إذا حكم به أكثر من ثلاثة من العلماء "[1].

التعريف الثاني: المشهور هو ما قوي دليله:

قال أبو الحسن التسولي: "ثم إن المشهور ما قوي دليله ، وقيل ما كثر قائله ، والصحيح الأول "[2].

وجاء في المعيار: "فالمشهور اختلفوا فيه ، فقيل ما قوي دليله ، وهو المشهور في المشهور "[3] .

وتعريف المشهور بهذا المعنى ما قوي دليله يكون مرادفا لمعنى الراجح ، وبالتالي فلا يعمل به إلا من ملك القدرة على النظر في الأدلة ، وعرف أقوال العلماء وأصول مأخذهم وهذه أوصاف المجتهد.

وثمرة اختلافهم في المشهور ، -هل هو ما قوي دليله أو ما كثر قائله؟- تظهر فيمن يحق له تعيين المشهور ، فعلى القول أن المشهور ما كثر قائله ، يجوز للمقلد ولكل من لم يبلغ درجة الاجتهاد أن يعينه ، لأن حظهم من العلم نقل ما في الأمهات واقتفاء ما شهره الأئمة.

وهذا ما عناه الإمام المازري رحمه الله بقوله: "ما أفتيت قط بغير

---

(١) رفع العتاب والملام للفاسي: ص٧٧ .

(٢) البهجة في شرح التحفة: ١/ ٢١ .

(٣) المعيار المعرب: ١٢/ ٣٧ .

مشهور، ولا أفتي بغيره "[1] .

وهو من هو ، وقد شهد له أهل زمانه ببلوغ درجة الاجتهاد ، وتبعه في ذلك الإمام الشاطبي فقال :

" وأنا لا أستحل إن شاء الله في دين الله وأمانته أن أجد قولين في المذهب فأفتي بأحدهما على التخيير مع أني مقلد ، بل أتحرى ما هو المشهور والمعمول به ، فهو الذي أذكره للمستفتي ولا أتعرض له إلى القول الآخر فإن أشكل علي المشهور ولم أر لأحد من الشيوخ في أحد القولين ترجيحا توقفت "[2] .

والمازري والشاطبي كانا يعملان بالمشهور الذي هو ما كثر قائله كما دل عليه كلامهما ، وأنهما لا يعملان بالراجح عندهما ، مع أنهما من أهل الترجيح ورعا منهما وخوفا من تجاسر الجهلة على الإفتاء بغير المشهور .

أما على القول أن المشهور ما قوي دليله فلا يعينه إلا من بلغ درجة الاجتهاد ، لما فيه من النظر في الأدلة والترجيح بينها .

بناء على ما تقدم يتبين لي أن علماء المالكية حين قالوا لا يراعى إلا المشهور، أرادوا به ما قوي دليله وذلك لأمرين :

الأول : ذكرنا أن من شروط الذي يراعي الخلاف أن يكون مجتهدا ، وتعيين المشهور بمعنى ما قوي دليله من اختصاص المجتهد أيضا .

---

(١) المرجع السابق : ١٢/ ٢٥ .

(٢) الفتاوى للإمام الشاطبي : ص١٧٦ .

الثاني: قال ابن خويز منداد[1] : " مسائل المذهب تدل على أن المشهور ما قوي دليله ، وأن مالكا رحمه الله كان يراعي من الخلاف ما قوي دليله ، لا ما كثر قائله ، فقد أجاز الصلاة على جلود السباع إذا ذكيت ، وأكثرهم على خلافه ، وأباح بيع ما فيه حق توفية من غير الطعام قبل قبضه، وأجاز أكل الصيد إذا أكل منه الكلب ، ولم يراع في ذلك خلاف الجمهور "[2] .

فهذه ثلاث مسائل من المسائل التي لم يراع فيها الإمام مالك دليل المخالف قبل الوقوع أو بعده ، وما ذلك إلا لاعتقاده ضعف أدلة المخالف .

المسألة الأولى: الصلاة على جلود السباع إذا ذكيت .

قال الإمام مالك: " وأما جلود السباع ، فلا بأس أن يصلى عليها وتلبس إذا ذكيت "[3] .

فلم يراع قول جمهور العلماء أن ما لا يؤكل لحمه ، لا يطهر جلده الدباغ ، لأن أكل لحوم السباع مكروه عند الإمام مالك ، جاء في المدونة : " وكره مالك أكلها (أي السباع) من غير تحريم "[4] .

---

(١) ابن خويز منداد: أبو عبد الله محمد بن أحمد المعروف بابن خويز منداد تفقه بالأبهري وروى عن ابن داسة وأبي الحسن التمار ، له كتاب كبير في الخلاف وأصول الفقه ، وأحكام القرآن وغيرها ، توفي سنة ٣٧٥هـ. انظر : ترتيب المدارك : ٧/ ٧٧ ، شجرة النور : ص١٠٣ .

(٢) انظر : كشف النقاب الحاجب : ص٦٢ .

(٣) المدونة : ١/ ٩٢ .

(٤) المرجع السابق.

قال خليل في التوضيح: "السباع إذا ذكيت لأخذ جلودها فإن جميع أجزائها تطهر بالذكاة وإن قلنا أن لحمها مكروه، وهذه طريقة أكثر الشيوخ أن الذكاة لا تؤثر إلا في مكروه الأكل ومباحه"[1].

والأصل في السباع الإباحة لعموم قوله تعالى: ﴿قُل لاَّ أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ﴾[2].

وإنما قال الإمام مالك بالكراهة مراعاة لمن حرم أكلها كما سيأتي تفصيل المسألة في الباب التطبيقي.

المسألة الثانية: بيع غير الطعام قبل القبض.

مذهب مالك جواز بيع غير المأكول والمشروب والعروض قبل أن يقبضها، أما الطعام فلا يجوز بيعه قبل قبضه، لحديث عبد الله بن عمر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه»[3].

ولم يراع قول الجمهور في تعميم المنع في الطعام وغيره، لأن النبي ﷺ

---

(١) مواهب الجليل: ١/ ٨٨.

(٢) الأنعام/ ١٤٥.

(٣) أخرجه البخاري في البيوع باب: الكيل على البائع والمعطي (رقم: ٢٠١٩)، ومسلم في البيوع باب: بطلان البيع قبل القبض (رقم: ١٥٢٥)، وأبو داود في الإجارة باب: في بيع الطعام قبل أن يستوفى (رقم: ٣٤٩٢)، والنسائي في البيوع باب: بيع الطعام قبل أن يستوفى (رقم: ٤٥٩٥)، وابن ماجة في التجارات باب: النهي عن بيع الطعام ما لم يُقبض (رقم: ٢٢٢٦).

قد خص الطعام بالذكر فمنع بيعه حتى يستوفيه المشتري ويقبضه ، وإدخال غير الطعام في معناه ليس بأصل ولا قياس لأنه زيادة على النص بغير نص .

ولأن الله قد أحل البيع مطلقا ، إلا ما خصه على لسان نبيه ، وذكره في كتابه[١] .

أما حديث حكيم بن حزام[٢] رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « إذا ابتعت بيعة فلا تبعه حتى تقبضه »[٣] . فقد رده المالكية إلى الطعام .

قال ابن عبد البر : " فإنما أراد الطعام بدليل رواية الحفاظ لحديث حكيم ابن حزام أن النبي ﷺ قال له : «إذا ابتعت طعاما فلا تبعه حتى تقبضه»[٤] .

---

(١) الاستذكار لابن عبد البر : ٢٠/ ١٥٤ .

(٢) حكيم بن حزام : أبو خالد حكيم بن حزام بن خويلد بن أسد بن عبد العزي بن قصي بن كلاب القرشي الأسدي ، أسلم يوم الفتح وحسن إسلامه ، وغزا حنينا والطائف . حدث عنه ابناه هشام وحزام ، وعبد الله بن الحارس وسعيد بن المسيب وآخرون ، عاش ستين سنة في الجاهلية وستين سنة في الإسلام مات سنة ٥٤هـ. انظر : أسد الغابة : ٢/ ٤٠ ، تهذيب الأسماء واللغات : ١/ ١٦٦ ، تهذيب التهذيب : ٢/ ٤٤٧ ، سير أعلام النبلاء : ٣/ ٤٤ .

(٣) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه رقم : ١٤٢١٤ ، والطيالسي ، رقم : ١٣١٨ ، والإمام أحمد ٣/ ٤٠٢ ، والطحاوي في شرح معاني الآثار : ٤/ ٤١ ، والبيهقي في السنن : ٨/ ١٢٨٨ .

(٤) الاستذكار : ٢٠/ ١٥٤ .

المسألة الثالثة: جواز أكل الصيد إذا أكل منه الكلب:

أجاز الإمام مالك أكل الصيد إذا أكل منه الكلب[1] واستدل على ذلك بحديث أبي ثعلبة الخشني رضي الله عن[2] قال: قال رسول الله ﷺ قال: «إذا أرسلت كلبك، وذكرت اسم الله فكُلْ»[3].

والكلب المعلم عند الإمام مالك هو الذي يُشلى[4] فينشلي، ويدعى فيجيب ويزجر فيطيع، وليس ترك الأكل عنده من شرط التعليم[5].

ولم يراع قول أبي حنيفة[6] والشافعي[7] وأصحابهما: إذا أكل الكلب

---

(١) انظر: المدونة ١/ ٤١٣، التفريع لابن الجلاب: ١/ ٣٩٩، أحكام القرآن لابن العربي: ٢/ ٥٤٧، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٢/ ١٠٣-١٠٤.

(٢) أبو ثعلبة الخشني: اختلف في اسمه فقيل جرهم بن ناشم وقيل جرثوم بن لاشر وقيل غير ذلك، وهو من أهل بيعة الرضوان، وأسهم له النبي ﷺ يوم خيبر وأرسله إلى قومه، وأخوه عمرو بن جرهم، أسلم على عهد النبي ﷺ، وروى عدة أحاديث عن معاذ بن جبل وأبي عبيدة وحدث عنه أبو إدريس الخولاني، وسعيد بن المسيب ومكحول وآخرون، نزل الشام توفي سنة ٧٥هـ. انظر: طبقات ابن سعد: ٧/ ٤١٦، الاستيعاب: ٤/ ١٦١٨، أسد الغابة: ٦/ ٤٤، تهذيب التهذيب: ١٢/ ٤٩-٥١، الإصابة: ١١/ ٥٤، سير أعلام النبلاء: ٢/ ٥٦٨.

(٣) أخرجه أبو داود في الصيد باب: في الصيد (رقم: ٢٨٥٢).

(٤) يشلي: أشليت الكلب دعوته باسمه، واشتليت الكلب على الصيد معناه دعوته فارسلته على الصيد المصباح المنير ص١٦٨.

(٥) الاستذكار: ١٥/ ٢٨٧.

(٦) حاشية ابن عابدين: ٥/ ٤١٣.

(٧) الحاوي للماوردي: ١٩/ ٨، المجموع للإمام النووي: ٩/ ٩٥-٩٦.

من الصيد، فهو غير معلم، فلا يؤكل من صيده.

وغيرها من المسائل التي اعتمد فيها الإمام مالك على ما أداه إليه اجتهاده، ولم يلتفت إلى قول المخالف لعدم اقتناعه بحججه.

وفصل بعض المالكية فقالوا: مراعاة الخلاف تكون في ثلاثة أشياء:

أولاً: في الحكم: ولا يراعى فيه إلا المشهور.

ثانياً: في الإمضاء بعد الوقوع: وهذا يراعى فيه ما دون المشهور في الشهرة وأحرى المشهور.

ثالثاً: وفي درء الحدود: وحينئذ يراعى كل خلاف لغرض الشارع في الشبه، وكون حق الآدمي أقوى من حق الله تعالى على مذهب أهل السنة[١].

والأولى أن يقيد الخلاف المراعى في درء الحد بما إذا لم يكن بعيد المأخذ بحيث ينقض، ولذلك قالوا بوجوب الحد على المرتهن إذا وطئ المرهونة، ولم يراعوا في ذلك خلاف عطاء[٢].

والراجح ما ذهب إليه جمهور المالكية من مراعاة المشهور بمعنى ما قوي دليله في جميع الحالات، في الحكم، وقبل وبعد الوقوع، وفي الحدود، وعلى هذا تدل الفروع الفقهية التي روعي فيها الخلاف.

---

(١) المعيار المعرب: ١٢/ ٣٨، فتاوي الشيخ عليش: ١/ ٨٣.

(٢) المعيار المعرب: ١٢/ ٣٨.

كيف يعرف الدليل القوي؟

البحث عن الدليل القوي من مهام المجتهد ، ولهذا الدليل شروط ترتقي به إلى درجة القوة ، وبفقدها يصبح ضعيفا أو شاذا غير معتبر شرعا .

قال الشاطبي : " فإن قيل : فبماذا يعرف من الأقوال ما هو كذلك مما ليس كذلك؟

والجواب : إنه من وظائف المجتهدين ، فهم العارفون بما وافق أو خالف ، وأما غيرهم فلا تمييز لهم في هذا المقام ... "[1] .

وقد وضع العلماء شروطا للدليل حتى يبلغ درجة القوة ، وهذه الشروط هي :

١ - أن لا يخالف الدليل نصا قطعيا من القرآن أو السنة أو الإجماع .

قال الشاطبي : " ... فإذا كان بينا ظاهرا أن قول القائل مخالف للقرآن أو للسنة لم يصح الاعتداد به ولا البناء عليه ، ولأجل هذا ينقض قضاء القاضي إذا خالف النص أو الإجماع ، مع أن حكمه مبني على الظواهر مع إمكان خلاف الظاهر ، ولا ينقض مع الخطأ في الاجتهاد وإن تبين ؛ لأن مصلحة نصب الحاكم تناقض نقض حكمه ، ولكن ينقض مع مخالفة الأدلة ، لأنه حكم بغير ما أنزل الله "[2] .

---

(١) الموافقات : ٤/ ١٢٤ .

(٢) المرجع السابق .

وجاء في نظم العمل الفاسي :

حكم قضاة الوقت بالشذوذ ينقض لا يتم بالنفوذ[1]

٢- أن لا يخالف القواعد الشرعية ، والقياس الجلي السالم عن المعارض الراجح .

قال الإمام مالك : "ينقض الحكم بمخالفة القواعد الشرعية "[2] .

٣- أن لايخالف مقاصد الشريعة بوجه من الوجوه .

فإذا ثبتت مخالفة الدليل لشرط من هذه الشروط طرح ، وهذا ما قصده ابن رشد الجد عند تبرير عدم مراعاة مالك لمذهب أهل العراق في النبيذ ... لبعده عن الصواب، ومخالفته لما صح وثبت من الآثار ، وبعده في النظر والاعتبار .

وقد جمع هذه الشروط الإمام القرافي في كتابه الفروق فقال :

" كل شيء أفتى فيه المجتهد فخرجت فتياه فيه على خلاف الإجماع أو القواعد أو النص أو القياس الجلي السالم عن المعارض الراجح ، لا يجوز لمقلده أن ينقله للناس ولا يفتي به في دين الله تعالى ، فإن هذا الحكم لو حكم به حاكم لنقضناه ، ومالا نقره شرعا بعد تقرره بحكم الحاكم أولى أن لا نقره شرعا إذا لم يتأكد ، وهذا لم يتأكد فلا نقره شرعا والفتيا بغير شرع

(١) شرح العمل الفاسي للسجلماسي : ٢/ ٧ وما يليها .

(٢) شرح الكوكب المنير لابن النجار الحنبلي : ٤/ ٥٠٦ .

حرام ، فالفتيا بهذا الحكم حرام "[1].

قال صاحب مراقي السعود:

والحكم من مجتهد كيف وقـع ... دون شذوذ نقضه قد امتنـع

إلا إذا النص أو الإجمـاع أو ... قاعدة خالف فيها مـا رأوا

أو اجتهاده أو القياس الجلـي ... على الأصح أو بغير المعتلـي

حكم في مذهبه وإن وصـل ... لرتبة الترجيح فالنقض انخطل[2]

فإذا خالف الدليل أحد هذه الشروط أصبح ضعيفا في نفسه وشاذا يجب طرحه.

لكن الملاحظ أن بعض علماء المالكية قالوا بجواز مراعاة القول الضعيف، كما قال الشاطبي: مراعاة الأقوال الضعيفة أو غيرها شأن المجتهدين".

وقال صاحب مراقي السعود: إن من أسباب ذكر الأقوال الضعيفة في المذهب إنما هو لمراعاتها في بعض الأحوال فقال:

ولمراعاة الخلاف المشتهر ... أو لمراعاة لكل ما سطر[3]

فماذا يقصدون بالقول الضعيف؟

القول الضعيف هو ما لم يقو دليله ، ويقابله الراجح ، وينقسم إلى قسمين ، ضعيف نسبي ، وضعيف المدرك.

---

(١) الفروق للإمام القرفي: ٢/ ١٠٩ .

(٢) مراقي السعود: ص٤٤٦ ، ونشر البنود على مراقي السعود: ٢/ ٢٧٥ .

(٣) المراجع السابقة.

أما الضعيف النسبي: فهو الذي عارضه ما هو أقوى منه، فيكون ضعيفا بالنسبة لما هو أقوى منه وإن كان له قوة في نفسه.

أما ضعيف المدرك: فهو الذي خالف الإجماع، أو القواعد، أو النص أو القياس الجلي فيكون ضعيفا في نفسه[1]، كما ذكرنا.

فعندما يطلق المالكية القول بعدم مراعاة القول الضعيف فيقصدون به ضعيف المدرك أي القسم الثاني.

أما الضعيف النسبي فيجوز مراعاته، لأنه قوي في نفسه ضعيف بالموازنة بالقول الراجح في المذهب، وقد تقترن به قرائن ومسوغات كالاحتياط والتيسير فيصبح قويا، أي يتقوى عندما يراعيه المجتهد في حالات معينة.

لهذا السبب دوّن المالكية الأقوال الضعيفة وذكروها في كتب الفقه ولم يهملوها، لأنه قد يراعيها المجتهد إذا كانت المراعاة داخل المذهب وهذا ما برر به العلماء ذكر الأقوال الضعيفة في كتب الفقه فقالوا تذكر لاعتبارين:

الأول: لكون القول الضعيف يمكن العمل به في مقابل الراجح أو المشهور في نطاق ما جرى به العمل في القضاء.

الثاني: أنه يفتى به في حالة الضرورة، أي أن القاضي و المفتي قد يراعيان القول الضعيف في نظرهما ويعملانه للتيسير والاحتياط.

---

(١) منار السالك: ص٤٥ .

قال الشيخ التاودي بن سودة[1] : "إن فائدة حكاية الأقوال الضعيفة وصورها ، هي الرجوع إليها عند الحاجة ، والعمل بها عندما يعسر الأمر في غيرها "[2] .

وقال الشيخ محمد بن الحسن الحجوي الثعالبي : "عند تحقق الضرورة أو المصلحة تتعين الفتوى بقول ولو ضعيفا ، ولأجل الضرورة تذكر الأقوال الضعيفة في الكتب الفقهية "[3] .

وهذا ما سار عليه علماء المالكية في مراعاة الأقوال المرجوحة أو الضعيفة للتيسير ورفع الحرج عن المكلفين ، والأمثلة على ذلك كثيرة :

ففي سؤال موجه إلى الشيخ أحمد بن الخياط[4] عن رجل صدرت منه

---

(١) التاودي بن سودة : أبو عبد الله التاودي بن الطالب بن سودة المري القرشي الأندلسي أصلا الفاسي دارا ومنشأ ، فقيه محقق كبير ، انتهت إليه رياسة العلم في المغرب إقراء وافتاء له رحلة إلى المشرق أخذ عن أعلام مصر والحجاز له حاشية على الزرقاني ، وحاشية على صحيح البخاري ، وشرح على تحفة الحكام وشرح على جامع خليل وغير ذلك : توفي سنة ١٢٠٩هـ. انظر : الفكر السامي : ٢/ ٣٥٠ ، عجائب الآثار للجبرتي : ٢/ ٢٤٢ .

(٢) فتوى في الحلف بالطلاق والخروج عن المذهب للشيخ أحمد بن الخياط ص٩-١٠ ، مخطوط المكتبة الازهرية .

(٣) الفكر السامي : ٢/ ٤٢١ .

(٤) أحمد بن الخياط : أبو العباس أحمد بن محمد بن الخياط الركازي الحسني الفاسي الدار إمام أهل المغرب أخذ عن الشيخ محمد بن المدني جنون وهو عمدته وغيره ، وعنه أخذ محمد بن الحسن الحجوي له تصانيف منها : مختصر في التوحيد ، والقلم الفاسي ، وحواش على شرح المصطلح الحديثي ، ولد سنة ١٢٥٢هـ وتوفي سنة ١٣٤٣هـ. انظر : الفكر السامي : ٢/ ٣٨١ .

مشاجرة مع زوجه أفضت إلى حلفه بالطلاق الثلاث لا خرجت ، ونيته لعند أقاربها .

فحصل بذلك للزوجين ضيق كبير ، وتنافر عظيم ، إذ لا صبر للزوجة عن أهلها خصوصا في أوقات الحزن والفرح ، فهي في غالب الأوقات باكية حزينة على ذلك لا يطيب لها ولا لزوجها عيش .

ويخاف الزوج من ذهابها إليهم خفية ، فيتأبد تحريمها عليه للحنث إلا بعد زوج ، ولا يقدر على فراقها لأجل أولاده معها محبة فيها ، ويخاف أيضا أن تكتمه المشي إليهم ، فيعيشان في الحرام وهو لا يشعر، ولو طلقها مرة ، وفعلت المحلوف عليه حال بينونتها ثم راجعها عادت يمينه ، إذ هي مقيدة بزمن ، فلا يفيده ذلك لعود الصفة عندنا -أي- المالكية- فيحنث لتمام العصمة- .

فهل للزوج أن يخرج من مذهب الإمام مالك ويراعي مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنهما في هذه النازلة ، إذ عنده لا تعود الصفة مطلقا ، أي سواء بقي من العصمة المعلق فيها شيء أم لا؟

فإذا وقع منه حلف بالثلاث كما في نازلتنا ثم خالعها انحلت يمينه ، فإذا فعل المحلوف عليه بعد الخلع وقبل عقده عليها أو بعده فلا يلزمه شيء كما قال العلامة الدسوقي عند قول المختصر في أركان الطلاق : "ولو نكحها ففعلته حنث ... "[1] وهي فسحة عظيمة يجوز لغير الشافعي أن يقلده فيها .

---

(١) حاشية الدسوقي : ٢/ ٣٩٠ وما بعدها .

فالمطلوب أن يبين ما يكون عليه عمله بيانا شافيا ، والله تعالى يضاعف الأجر ويخلد في الصالحات الذكر.

فأجاب الشيخ أحمد بن الخياط بجواب طويل حاصله : أن في المذهب قولا ضعيفا لابن عبد الحكم[1] يؤيد ما ذهب إليه الإمام الشافعي ، وأجاز للسائل مراعاة القول الضعيف لأن القول الراجح فيه عنت وضيق على المكلف[2].

في هذا يقول ابن العربي :

" إذا جاء السائل يسأل عن مسألة من مسائله فوجدتم له مخلصا منها ، فلا تسألوه عن شيء ، وإن لم تجدوا له مخلصا حينئذ فاسألوه عن تصرف أحواله وأقواله ، ونيته عسى أن يكون له مخلص "[3].

فيكون له مخلص بغير القول الراجح وإنما بمراعاة قول يخلصه ، ولو كان ضعيفا.

---

(١) ابن عبد الحكم : أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن عبد الحكم ، كان أفقه زمانه ، إليه انتهت الرئاسة في مصر وإليه الرحلة من المغرب والأندلس في الفقه والعلم سمع من أبيه وأشهب وابن القاسم وابن وهب وغيرهم ، وصحب الشافعي ورسخ في مذهبه وربما تخير قوله عند ظهور الحجة له تآليف كثيرة منها : أحكام القرآن ، الرد على الشافعي ، الرد على أهل العراق. ولد سنة ١٨٢هـ ، وتوفي سنة ٢٦٨هـ. انظر : ترتيب المدارك : ٤/ ١٥٧ ، الديباج : ص١٦٢ ، وفيات الأعيان : ٤/ ١٩٣ .

(٢) فتوى في الحلف بالطلاق والخروج عن المذهب للشيخ أحمد بن الخياط : ص٩-١٠ .

(٣) أحكام القرآن : ٤/ ١٦٤٣ .

الشرط الرابع: ألا تؤدي مراعاة الخلاف إلى صورة تخالف الإجماع:

ومثلوا لذلك بمن عقد على امرأة بدانق ومن غير ولي ولا شهود؟ ، مقلدا الإمام الشافعي في الدانق والإمام أبا حنيفة في نفي الولي ، وبعض علماء المالكية في عدم اشتراط الشهادة عند العقد ، فإن هذا النكاح يجب فسخه أبدا إجماعا.

لأن هذه الصورة بهذا الوجه لا يقول بها أحد من الأئمة ، فكل واحد منهم لو سئل عنها بانفراد لأبطلها ، فالشافعي يبطلها لعدم وجود الولي والشهود ، وأبو حنيفة يبطلها لعدم وجود الشهود ، وعدم توفر أقل الصداق عنده ، ومالك يبطلها لعدم توفر أقل الصداق كذلك وعدم وجود الولي.

مناقشة هذا الشرط:

هذا الشرط ذكره صاحب "إيصال السالك"[١] ، وذكره غيره في مبحث التلفيق بين المذاهب ، وهو في الحقيقة إنما ينطبق على المقلد الذي يتتبع رخص المذاهب ويلفق بينها ، فيشترط في حقه ألا يؤدي تلفيقه إلى صورة لا يقول بها أحد من الأئمة.

أما المجتهد وهو الذي يراعي الخلاف فإنه متى قام لديه رجحان دليل مخالف وجب عليه الأخذ به ولو أدى ذلك إلى تركيب حقيقة لا يقول بها مجتمعة أحد من الأئمة سواه ، لأنه مأمور باتباع ما أداه إليه اجتهاده ، وما

---

(١) إيصال السالك: ص٣٢.

أداه إليه اجتهاده في مثل هذه الصورة ليس مخالفا للإجماع كما زعموا حتى يقال: إن شرط الاجتهاد ألا يخالف الإجماع ، لأن هذه الصورة الملفقة إنما يقول كل إمام ببطلانها من الوجه الذي تبطل به عنده إذا قلده المكلف فيه ، وأما إن قلد فيه غيره وكل منهم يقول بجواز تقليد غيره فلا يحكم واحد منهم ببطلانها أصلا ، لأن هذه الصورة لو كانت باطلة من كل وجه عند المجتهد ، وصحيحة عند آخر ، فقلد المكلف من يقول بالصحة لا يسع القائل ببطلانها أن يحكم عليها بذلك ، بل يحكم بصحتها على رأي مخالفه الذي هو مجتهد مثله ، وإنما يحكم ببطلانها على من تمسك فيها بمذهبه .

فإن قيل: إن كل مجتهد يطلق القول بالبطلان على رأيه .

الجواب: نعم ، ولكن لا يجوز أن يطلق القول بالبطلان على رأي غيره، فكما لا يمكنه أن يحكم بالبطلان بذلك الوجه لو صدرت من المجتهد المخالف نفسه ، لا يمكنه أن يحكم به أيضا على من قلده ، فذكر هذا الشرط في المبحث لا محل له، والله أعلم.

الشرط الخامس: أن لا يترك المراعي مذهبه من كل الوجوه.

ومثلوا له بما إذا تزوج مالكي زواجا فاسدا على مذهبه ، صحيحا على مذهب غيره ، ثم طلق ثلاثا ، فإن ابن القاسم يلزمه الثلاث مراعاة لمن يقول بالصحة ، فلا تحل له إلا بعد زوج ، فلو تزوجها قبل أن تتزوج غيره لم يفرق بينهما عند ابن القاسم ، لأن التفريق بينهما حينئذ إنما هو لاعتقاد فساد النكاح ، ونكاحهما عنده صحيح ، وعند المخالف فاسد .

فلو روعي خلاف المخالف في هذه الحالة أيضا للزم ترك المذهب من كل الوجوه، يريد أنّ منعه من تزويجها أولا إنما هو مراعاة للخلاف ، وفسخه ثانيا - لو قيل به- كان مراعاة للخلاف أيضا ، ومراعاة الخلاف مرتين تؤدي إلى ترك المذهب بالكلية ، ولا يمكن أن يترك الإنسان مذهبه مراعاة لمذهب غيره[1] .

الشرط السادس: الخروج من الخلاف ورعا يجب أن يكون في الحالات التالية:

أن يختلف العلماء في فعل ، هل هو مباح أو حرام ؟ فالورع والاحتياط الترك .

أن يختلف العلماء في فعل هل هو مباح أو واجب ؟ فالورع والاحتياط الفعل .

أن يختلف العلماء في فعل هل هو مندوب أو حرام ؟ فالورع والاحتياط الترك .

أن يختلف العلماء في فعل؟ ، هل هو مكروه أو واجب ؟ فالورع والاحتياط الفعل .

أن يختلف العلماء في فعل ، هل هو مشروع أو لا ؟ فالورع والاحتياط الفعل .

---

(١) المعيار المعرب: ١٢/ ٣٨ .

ولا يصح في حالتين:

أن يختلف العلماء في فعل هل هو حرام أو واجب ؟

أن يختلف العلماء في فعل هل هو مندوب أو مكروه ؟

فلا ورع لتساوي الجهتين ، فالعقاب متوقع على كل تقدير ، إلا أن نقول إن المحرم إذا عارضه الواجب قدم على الواجب ، لأن رعاية درء المفاسد أولى من رعاية حصول المصالح ، فيقدم الحرام في الحالة الأولى ، ويكون الورع والاحتياط الترك ، ويقدم المكروه في الحالة الثانية[1] .

---

(١) الفروق للقرافي: ٤/ ٢١١-٢١٢ .

المبحث الثالث

مقارنات

هناك أوجه شبه واختلاف بين مراعاة الخلاف وبعض المباحث الأصولية كالإجماع والاستحسان والتلفيق وقاعدة الحكم بين حكمين، فرأيت من المناسب أن أعقد مبحثا خاصا لمقارنة مراعاة الخلاف بما قد يشتبه بها.

أولاً: مراعاة الخلاف والإجماع.

تعريف الإجماع:

لغة: هو العزم والاتفاق[1] .

واصطلاحا[2]: عرفه ابن الحاجب[3]: "بأنه اتفاق المجتهدين من أمة محمد ﷺ في عصر على أمر"[4].

---

(١) لسان العرب: ٨/ ٥٧ .

(٢) انظر: المستصفى: ١/ ١١٠، فواتح الرحموت: ٢/ ٢١١، شرح العضد لمختصر ابن الحاجب: ٢/ ٢٩، الإحكام للآمدي: ١/ ١٠١، إرشاد الفحول ص٦٣، شرح تنقيح الفصول ص٣٢٢ .

(٣) ابن الحاجب: عثمان بن أبي بكر، أبو عمرو جمال الدين، المعروف بابن الحاجب، قال أبو شامة: كان ركنا من أركان الدين في العلم والعمل وبارعا في العلوم الأصولية وعلم العربية، له تصانيف منها: جامع الأمهات، والمختصر في أصول الفقه، والكافية في النحو والشافية في الصرف توفي سنة ٦٤٦هـ. انظر: الديباج المذهب: ٢/ ٨٦، شجرة النور: ص١٦٧، الفكر السامي: ٢/ ٢٧٠، شذرات الذهب: ٥/ ٢٣٤ .

(٤) منتهى الوصول والأمل في علمي الأصول والجدل لابن الحاجب: ص٥٢ .

وجاء في التنقيح : "هو اتفاق أهل الحل والعقد من هذه الأمة في أمر من الأمور" .

وقال : ونعني بـ "الاتفاق" : الاشتراك إما في القول ، أو الفعل أو الاعتقاد .

وبـ "أهل العقد" : المجتهدين في الأحكام الشرعية .

وبـ "أمر من الأمور" : الشرعيات والعقليات والعرفيات "[1] .

وعرفه ابن السبكي في جمع الجوامع بأنه : "اتفاق مجتهدي الأمة بعد وفاة محمد ﷺ في عصر على أي أمر كان "[2] .

أوجه الشبه والاختلاف بين مراعاة الخلاف والإجماع :

الإجماع اتفاق ، وكذلك مراعاة الخلاف وظيفتها رفع الخلاف فتؤدي إلى اتفاق عملي ، أي في الصورة التي روعي فيها الخلاف .

وتختلف مراعاة الخلاف عن الإجماع بأن منشأها اختلاف ثم انتقال فاتفاق أو تقليل للخلاف .

أما الإجماع فهو اتفاق بلا انتقال من قول إلى آخر . والله أعلم .

ثانياً : بين مراعاة الخلاف بعد الوقوع والاستحسان

ذكرت في مبحث منزلة مراعاة الخلاف بين أصول المالكية أن بعض

(١) شرح تنقيح الفصول للقرافي : ص٣٢٢ .

(٢) انظر : شرح المحلي على جمع الجوامع : ٢/ ١٥٦ .

المالكية اعتبر مراعاة الخلاف بعد الوقوع نوعا من الاستحسان ، فما هي أوجه الشبه والاختلاف بين هذين الأصلين ؟ .

هذا ما سنبحثه بعد تعريف الاستحسان .

تعريف الاستحسان :

لغة[1] : استفعال من الحسن ، وهو عد الشئ واعتقاده حسنا .

وفي الاصطلاح[2] : عرفه ابن العربي : "إيثار مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخص لمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضياته "[3] .

وعرفه الشاطبي بقوله : "الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلي "[4] .

وعرفه الكرخي[5] بأنه : "العدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلى حكم

---

(١) القاموس المحيط : ٤/ ٢١٤ ، المصباح المنير : ١/ ١٨٧ ، مختار الصحاح : ص١٣٧ .

(٢) انظر : المستصفى : ١/ ٢٧٥ وما بعدها ، والإحكام للآمدي : ٤/ ١٥٦ . شرح تنقيح الفصول : ص٤٥١ ، الاعتصام : ٢/ ١١٢ ، العضد على ابن الحاجب : ٢/ ٢٨٨ ، أصول السرخسي : ٢/ ٢٠٤ ، إرشاد الفحول : ص٢٤١ .

(٣) المحصول في علم الأصول لابن العربي : ٣/ ٢٧٨ ، الموافقات : ٤/ ١٥٠ .

(٤) الموافقات : ٤/ ١٤٩ .

(٥) الكرخي : عبيد الله بن الحسن بن دلال بن دلهم ، أبو الحسن الكرخي الحنفي ، كان زاهدا ورعا ، وصل إلى طبقة المجتهدين ، وكان شيخ الحنفية بالعراق له مؤلفات منها : المختصر وشرح الجامع الكبير ، وشرح الجامع الصغير ورسالة في الأصول ، توفي سنة ٣٤٠هـ. انظر : شذرات الذهب : ٢/ ٣٥٨ ، الفوائد البهية في تراجم الحنفية لمحمد عبد الحي اللكنوي : ص١٠٨ .

آخر لوجه أقوى يقتضي العدول "[1].

فالأصل في الدليل العام أو الكلي أن يطرد في كل الجزئيات لتحقيق الغاية منه إلا أن هذا الاطراد قد لا يتناسب مع بعض الحالات بل يؤدي إلى مفسدة وضرر لا يتفقان مع مقصد الشارع ، مما يستدعي ترك الدليل الكلي والأخذ في مقابله بمصلحة جزئية ، أو تقديم الاستدلال المرسل على القياس فلا يصار إلى الاستحسان إلا إذا كان القياس يؤدي إلى فوت مصلحة أو جلب مفسدة .

فالقياس أنه يجوز للمالك أن يتصرف في ملكه كيف يشاء ولو تضرر من ذلك جاره ضررا بينا ، ولكن بالنظر إلى ما يفضي إليه العمل بمقتضى القياس من لزوم أضرار فاحشة بالغير عدل عنه استحسانا .

قال ابن رشد في الاستحسان : " طرح لقياس يؤدي إلى غلو في الحكم ومبالغة فيه ، فيعدل عنه في بعض المواضع لمعنى يؤثر في الحكم يختص به ذلك الموضع "[2].

فمؤدى الاستحسان يرجع إلى العمل بأقوى الدليلين .

وللاستحسان في الشرع أمثلة كثيرة منها :

١ - بيع العرية بخرصها تمرا ، فإنه بيع رطب باليابس ، وهو ممنوع شرعا

---

(١) كشف الأسرار : ٤/ ٧ .

(٢) الاعتصام : ٢/ ١٣٩ .

لكنه أبيح هنا لما فيه من الرفق ورفع الحرج.

٢- القرض: فإنه ربا في الأصل لأنه الدرهم بالدرهم إلى أجل، ولكنه أبيح لما فيه من الرفق والتوسعة على المحتاجين، بحيث لو بقي على أصل المنع لكان في ذلك ضيق على المكلفين.

أما الأدلة المخصصة في الاستحسان فهي:

المصلحة: كتضمين الأجير المشترك وإن لم يكن صانعا، وتضمين صاحب الحمام الثياب، وتضمين صاحب السفينة، وتضمين السماسرة المشتركين وكذلك حمال الطعام والقياس أنهم مؤتمون.

وتضمينهم من الاستحسان للحفاظ على مصلحة صاحب المال.

إزالة الضرر: ومثاله منع صاحب الملك من التصرف في ملكه بما يلحق الضرر بغيره.

التيسير ورفع المشقة في الأشياء اليسيرة للتوسعة على الخلق: فيجوز التفاضل اليسير في المراطل الكثيرة، ويجوز بدل الدرهم الناقص بالوازن لنزارة ما بينهما، والأصل المنع لقول النبي صلى الله عليه وسلم: «ولا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض»[1].

(١) أخرجه البخاري في البيوع باب: الفضة بالفضة (رقم:٢٠٦٨)، ومسلم في المساقاة باب: الربا (رقم: ١٥٨٤)، والنسائي في البيوع باب: بيع الذهب بالذهب (رقم: ٤٥٧٠).

واستثني الشيء اليسير استحسانا لأنه في حكم العدم لذلك لا تنصرف إليه الأغراض في الغالب ، وأن المشاحة في اليسير قد تؤدي إلى الحرج والمشقة وهما مرفوعان عن المكلف[1] .

أوجه الشبه بين مراعاة الخلاف بعد الوقوع والاستحسان :

الاستحسان : هو الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلي ، وهذا المعنى موجود في مراعاة الخلاف ، من حيث الأخذ بالراجح مطلقا قد يؤول في بعض الحالات إلى حدوث مفسدة تفوق المفسدة الناتجة عن ترك الراجح فيخصص الراجح حينئذ بالتفريع على المرجوح ، وأقصد بالمصلحة الجزئية معناها العام الذي يشتمل التيسير ورفع الحرج وإزالة الضرر .

فكلاهما -مراعاة الاختلاف والاستحسان- مبني على النظر في مآل التصرف وإعطائه ما يقتضيه من حلول توافق مقصد الشارع .

أوجه الاختلاف بينهما :

هناك فرق جوهري لعله السبب في عد كل واحد منهما دليلا مستقلا ، وهو أن الاستحسان أخذ بأقوى الدليلين ، أما مراعاة الخلاف بعد الوقوع فهي أخذ بهما معا من بعض الوجوه .

ففي نكاح الشغار أعمل مالك رحمه الله الدليلين من بعض الوجوه .

فأعمل دليله في فسخ هذا النكاح ، وأعمل دليل المخالف في كون هذا

---

(١) المحصول في علم الأصول لابن العربي : ٣/ ٢٧٩ .

الفسخ بطلاق ، وفي ثبوت التوارث بين الزوجين .

كما أن الدليل المخصص في مراعاة الخلاف لا يلزم أن يكون مصلحة ، فقد يكون غيرها ، وحينئذ يكون أعم مطلقا من الاستحسان إلا على رأي من لم يقصر المخصص في الاستحسان على المصلحة .

أما مراعاة الخلاف قبل الوقوع أو الخروج من الخلاف والاستحسان فلا شئ يجمع بينهما ، فهما مختلفان كل الاختلاف ، وذلك لأن الخروج من الخلاف أساسه الاحتياط والورع .

ثالثاً : مراعاة الخلاف والتلفيق :

تعريف التلفيق :

التلفيق في اللغة : لفق الثوب يلفقه ضم شقة إلى أخرى فخاطهما ، وبابه ضرب[1] .

فالمعنى اللغوي المراد يمكن التعبير عنه بأنه ضم أمور وأشياء بعضها إلى بعض فيحصل من هذا الضم انسجام وتلاؤم بين أطرافها ليتكون من مجموعهما أمر واحد .

وفي الاصطلاح : اجتهاد اثنين أو أكثر من المجتهدين في مسألة على قولين أو أقوال ثم يأتي بعد ذلك مجتهد أو مقلد ويأخذ من كل قول بعضه ، فيصير ما أخذ من القولين أو الأقوال مذهبا لذلك المجتهد أو المقلد في تلك المسألة .

---

(١) انظر : مختار الصحاح : ص٦٠١ .

أو أن يجمع مجتهد أو مقلد قولين أو أكثر في مسألة واحدة .

كمن توضأ على المذهب الشافعي الذي يقول بأن التدليك ليس بواجب[1] ثم بعد الوضوء لمس امراة تشتهى عادة ينتقض بلمسها الوضوء عند الشافعي، لكن اللمس وقع بدون قصد وبلا شهوة ، فقلد في عدم نقض الوضوء بالمس المذكور المذهب المالكي[2] .

فيكون في هذه الحالة وبالكيفية المذكورة قد لفق في هذا الموضوع بين مذهب الإمام الشافعي وبين مذهب الإمام مالك للاعتداد بهذا الوضوء وجعله معتبرا في الشرع ، حيث أخذ من المذهب المالكي القول بأن اللمس المذكور ليس بناقض، وأخذ من المذهب الشافعي القول بعدم وجوب التدليك .

كما لو استأجر شخص مكانا موقوفا تسعين سنة فأكثر ، من غير أن يراه، مقلدا في المدة الشافعي وأحمد بن حنبل ، وفي عدم الرؤية أبا حنيفة[3] .

وجاء في عمدة التحقيق في التقليد والتلفيق : أن التلفيق هو الإتيان بكيفية لا يقول بها مجتهد، وذلك بأن يلفق في قضية واحدة بين قولين أو اكثر يتولد منها حقيقة مركبة لا يقول بها أحد[4] .

---

(١) مغني المحتاج : ١/ ٣٤ .

(٢) حاشية الدسوقي : ١/ ١١٩ .

(٣) الوجيز في أصول الفقه للدكتور وهبة الزحيلي : ٢/ ٣٥٦ .

(٤) عمدة التحقيق في التقليد والتلفيق الأستاذ سعيد الباني : ص٩١-٩٢ .

كما في المثال السابق ، فإن الإمام مالكا لايرى صحة هذا الوضوء لفقدان دلك الأعضاء في الوضوء .

والإمام الشافعي وإن صح الوضوء عنده بدون دلك إلا أنه انتقض باللمس .

حكم التلفيق :

تباين موقف العلماء بشأن التلفيق إلى ثلاثة أقوال :

القول الأول : التلفيق يؤدي إلى انتقال المجتهد إلى قول غيره وهو ممنوع ، كما ذكر العز بن عبد السلام[1] في قواعده أن الإمام الشافعي وغيره قد منعوا انتقال المجتهد إلى قول مجتهد آخر ، وقالوا : ثقته بما يجده من نفسه من الظن المستفاد من أدلة الشرع أقوى مما يستفيده من غيره[2] .

وأيضا فإن المقلد إذا التزم مذهبا من المذاهب لزمه الاستمرار في العمل به ، لأنه اعتقد صحته ، فلا ينتقل إلى مذهب آخر في مسألة من المسائل[3] .

---

(١) العز بن عبد السلام : عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم السلمي الدمشقي ، عز الدين الملقب بسلطان العلماء شيخ الإسلام وأحد أئمة الشافعية الأعلام من مصنفاته قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، ولد بدمشق سنة ٥٧٧هـ توفي سنة ٦٦٠هـ بالقاهرة . انظر : طبقات السبكي : ٨/ ٢٠٩ ، شذرات الذهب : ٥/ ٣٠١ ، الأعلام : ٤/ ١٤٤ .

(٢) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام : ٢/ ١٦٠ .

(٣) التحرير للكمال بن الهمام وشرحه التيسير : ٤/ ٢٢٧-٢٥٣ ، الإحكام للآمدي : ٣/ ٢٥٦ ، اعلام الموقعين : ٤/ ٢٦٣ ، فتاوى ابن تيمية : ٢/ ٢٠٠ .

و نقل الأمير[1] في مجموعه[2] أن ممن قال بمنع التلفيق الشيخ الشبرخيتي[3] ، وهو مذهب أكثر مالكية مصر[4] .

القول الثاني : يجوز انتقال المجتهد إلى قول غيره من المجتهدين ، لأنهم في الظاهر على صواب فلا فرق بين مجتهد وآخر ، فإذا جاز للمجتهد أن يعتمد على ظنه المستفاد من الشرع فلماذا لا يجوز له الاعتماد على ظن المجتهد المعتمد على أدلة الشرع .

وقد نقل هذا الرأي عن أبي حنيفة وغيره ، فحكي عنه القول بأن

---

(١) الأمير : محمد بن محمد بن أحمد بن عبد القادر السنباوي الأزهري العمدة الفاضل ، شيخ المالكية في وقته ، أخذ عن الشيخ علي بن أحمد الصعيدي العدوي والشيخ محمد بن محمد الشهير بالبليدي وحسن الجبرتي ويوسف الحنفي وعنه ابنه محمد والشيخ الدسوقي وأحمد الصاوي ، وله مؤلفات في غاية الإتقان منها : المجموع مختصر في الفقه المالكي وشرحه ، وحاشية ضوء الشموع وحاشية على شرح الزرقاني على مختصر خليل وغير ذلك ، ولد سنة ١١٥٤هـ وتوفي سنة ١٢٣٢هـ . انظر : شجرة النور : ص٣٦٢ ، عجائب الآثار ١/ ٢٨٤ ، الفكر السامي : ٢/ ٣٥٤ .

(٢) المجموع للأمير : ص٣-٤ .

(٣) الشبرخيتي : برهان الدين أبو اسحاق إبراهيم بن مرعي الشبرخيني الفقيه الإمام المتفنن المحقق القدوة أخذ عن الأجهوري وبه تفقه والشيخ يوسف الفيشي وعنه جماعة منهم : على النوري وإبراهيم الجمني . له مؤلفات منها شرح مختصر خليل وشرح على العشماوية وشرح على الأربعين النووية مات غريقا بالنيل سنة ١١٠٦هـ . انظر : شجرة النور : ص٣١ .

(٤) ضوء الشموع على شرح المجموع للأمير : ١/ ١٥ ، حاشية الدسوقي : ١/ ٢٠ .

المجتهد ينتقل إلى قول غيره فيما يخصه ، وفيما يفتي به ، سواء تعذر عليه الاجتهاد أم لا وهو قول الونشريسي[1] في المعيار، والشيخ عليش[2] في فتاويه .

وكذلك المقلد يجوز له الانتقال من مذهبه الذي يلتزمه إلى مذهب آخر، لأن التزامه ذلك المذهب غير ملزم له إذ لا واجب إلا ما أوجبه الله ورسوله ﷺ ، ولم يوجب الله ورسوله على أحد من الناس أن يتمذهب بمذهب رجل من الأمة فيقلده دينه دون غيره .

القول الثالث : جواز الأخذ بالتلفيق ما دام غير مؤد إلى صورة لا يقول بها أحد من المجتهدين، فقد جاء في كتاب تنقيح الفصول : "بأن الانتقال في الحوادث والوقائع من مذهب لآخر جائز ولكن بشروط :

أولاً : عدم الجمع بين المذهبين على وجه مخالف للإجماع .

ثم ذكر مثالا على ذلك وهو النكاح بلا صداق ولا ولي ولا شهود ، وقال : هذه الصورة لم يقل بها أحد من المجتهدين .

فعدم الصداق معمول به عند الشافعية[3] ، وعدم الشهود عند العقد معمول به عند المالكية[4] ، وعدم الولي معمول به عند الحنفية[5] .

---

(١) المعيار المعرب : ١٢/ ٢٨-٢٩ .

(٢) فتاوي الشيخ عليش : ١/ ٦٩ .

(٣) مغني المحتاج : ٣/ ٢٢٠ .

(٤) شرح الخرشي وحاشية العدوي : ٣/ ١٦٧ .

(٥) شرح الهداية للمرغيناني مع فتح القدير شرح الهداية لابن الهمام : ٢/ ٣٩١ .

فهذا النكاح بالصورة التي ذكرها القرافي لم يقل بها أحد من المجتهدين فهو باطل عند الجميع ، لعدم الشهود عند الحنفية[1] ، ولعدم الولي عند الائمة الثلاثة[2] .

ثانياً : اعتقاد المنتقل عن مذهبه فيمن ينتقل إلى مذهبه الفضل .

ثالثاً : عدم تتبع المنتقل عن مذهبه لرخص المذاهب .

فعلى ذلك لا يكون هناك مانع من الأخذ بأي مذهب من المذاهب على سبيل التلفيق ، إذ المذاهب كلها مسالك إلى الجنة وطرق إلى الخيرات "[3] .

والقول بمنع تتبع رخص المذاهب مسلم إن كان بقصد التلهي والتلاعب ، لأن من مقصود الشريعة إخراج المكلف عن داعية هواه حتى يكون عبدا لله .

أما إن كان لحاجة ألجأته إلى ذلك في بعض الأحوال فيجوز للمكلف أن يعمل بهذه الرخص ما دام قصده اتباع الحق حسب الإمكان .

كما أن التلفيق في الصور التي لا يقول بها أحد من المجتهدين مسلم أيضا إذ أن الائمة متفقون على بطلان ما خالف الإجماع أو النص أو القياس الجلي أو القواعد الكلية .

وعلى هذا فإن كل حكم يلفق على هذه الصورة التي لا قائل بها يكون

---

(١) حاشية ابن عابدين : ٢/ ٢٩٤ .

(٢) بداية المجتهد : ٢/ ٩ ، الأم للإمام الشافعي : ٥/ ١١ ، الإقناع في فقه الإمام أحمد لشرف الدين المقدسي : ٣/ ١٧ .

(٣) شرح تنقيح الفصول : ص٣٨٦ .

باطلا ، لأن المجتهدين لا يقرون هذه الصورة شرعا ، وما ليس بمقر شرعا فإنه لا يجوز .

وأما ما عدا هذه الصورة من صور التلفيق فإنه يكون جائزا غير منهي عنه .

وعلى هذا يكون القول الثالث أرجح الأقوال . وهو مذهب مالكية المغرب .

قال الدسوقي : "وبالجملة ففي التلفيق في العبادة الواحدة من مذهبين طريقتان[1] ، المنع وهو طريقة المصاروة ، والجواز وهو طريق المغاربة ورجحت"[2] .

أوجه الاتفاق بين مراعاة الخلاف والتلفيق :

١- تتفق مراعاة الخلاف مع التلفيق في كونها انتقالا من القول الراجح إلى القول المرجوح في مذهب المنتقل أو خارج مذهبه .

٢- انتقال المُلَفِق من راجح مذهبه إلى المرجوح يكون طلبا للتيسير ورفع الحرج ، وكذلك في مراعاة الخلاف بعد الوقوع .

أما أوجه الاختلاف بينهما فهي :

١- مراعاة الخلاف تكون بإعمال قول واحد فقط ، سواء قبل الوقوع أو بعده ، بخلاف التلفيق يجوز أن يكون بأكثر من قول من مذاهب مختلفة ما

---

(١) "الطرق" في اصطلاح المالكية عبارة عن اختلاف الشيوخ في كيفية نقل المذهب . انظر : مواهب الجليل : ١/ ٣٨ .

(٢) حاشية الدسوقي : ١/ ٢٠ .

دام لا يؤدي إلى صورة تخالف الإجماع .

كمن توضأ فمسح بعض رأسه مقلدا الإمام الشافعي ، ودلك أعضاءه مقلدا الإمام مالكا ، ثم مس امرأة ووجد شهوة فقلد أبا حنيفة حتى لا ينتقض الوضوء .

٢- مراعاة الخلاف بعد الوقوع ليس فيها جمع بين الأقوال المختلفة إنما هي ترجيح لقول المخالف في حالات معينة ، أو إعمال للقول المخالف بعد الوقوع مثل الطلاق في نكاح الشغار .

٣- الغالب على المُلَفِق توخي التيسير بتلفيق أقوال مختلفة ، بخلاف مراعاة الخلاف قبل الوقوع فهي للاحتياط فيما يريد أن يقدم عليه المكلف من تصرف شرعي .

٤- بعد مراعاة المجتهد للخلاف يصبح هذا الخلاف المراعى قولا في المذهب في مقابل الراجح يجوز العمل به في الحالات المماثلة .

أما الصورة الملفقة فلا يمكن أن تكون قولا في المذهب ولا سيما إذا كانت ملفقة من أكثر من مذهب .

٥- مراعاة الخلاف أصل من أصول الاستدلال في المذهب المالكي تفرعت عنه فروع كثيرة .

أما التلفيق فلم يقل أحد من المالكية أو غيرهم أنه أصل أو حتى قاعدة ، وإنما هو تقليد بكيفية معينة ، لهذا يبحثه علماء الأصول في باب : الاجتهاد والتقليد .

أما مراعاة الخلاف فتذكر عند المالكية في باب الأدلة المختلف فيها .

بهذا يتضح لنا الفرق بين مراعاة الخلاف والتلفيق والله أعلم .

رابعا : مراعاة الخلاف وقاعدة الحكم بين حكمين :

تعريف الحكم بين حكمين :

الحكم بين حكمين : هو إعطاء الفرع المتردد بين أصلين حكما مشتركا وذلك عند تعارض الأدلة وعدم إمكان الترجيح .

كما إذا أشبه الفرع أصلين ولم يترجح أحد الشبيهين .

قال الزقاق :

.... وهل ورد الحكم بين بين كونه اعتقد

كالبيع مع شرط يصح وبطل وحكم زنديق وشبهه نقل[1]

والحكم بين حكمين قاعدة مشهورة عند المالكية ، ومنهم من جعلها أصلا .

قال المنجور[2] : "اختلف هل ورود الحكم بين بين أي حكم بين

(١) شرح المنهج المنتخب للمنجور : ١/ ٣٠٩ ، الإسعاف بالطلب : ص٩٤ .

(٢) المنجور : أبو العباس أحمد بن علي المنجور الفاسي خاتمة علماء المغرب الأصولي الفقيه ، أخذ عن ابن هارون وعبد الواحد الونشريسي ، وعنه جماعة منهم الشيخ البطيوي والرجراجي وابن عرضون ، ألف مراقي المجد في آيات السعد وشرح عقيدة ابن زكري وشرح المنهج المنتخب ، وله فهرسة حافلة ، ولد سنة ٩٢٦هـ وتوفي في ذي القعدة سنة ٩٩٥هـ. انظر : درة الحجال في أسماء الرجال لابي العباس أحمد بن القاضي : ٢/ ٢١٣ ، الفكر السامي : ٢/ ٢٧٢ ، شجرة النور ص٢٩٤ .

حكمين ، فأثبته المالكية وهو من أصولهم "[1] .

ولهذه القاعدة فروع كثيرة في المذهب المالكي سأذكر لها مثالين :

المثال الأول : قتل الزنديق مبني على ما أبطن من الكفر فله في ذلك حكم المرتد ، غير أنه إذا ظهر عليه قتل ولا تقبل توبته لأنها لا تعرف .

وكون ميراثه لورثته لا لبيت المال مبني على ما أظهر من الإيمان فلم يتخلص له حكم الكفر ولا حكم الإيمان وهو معنى حكم بين حكمين .

وهذا على قول ابن القاسم أن ماله لورثته وهو المشهور[2] .

أما على قول غيره فقد تمحض له حكم الكفر ، ويدل على أن قتله قتل كفر لا قتل حد أنه لا يقبل إذا جاء تائبا وظهر من قوله ، والحدود لا تسقط بالتوبة[3] .

المثال الثاني : ومن الحكم بين الحكمين : قول النبي صلى الله عليه وسلم في ولد زمعة : «لولد للفراش وللعاهر الحجر واحتجبي منه يا سودة» .

فالنبي ﷺ أعطى حكم الفراش فألحق النسب ولم يمحضه فأمرها بالاحتجاب ، وأعطى للشبه حكما فأمرها بالاحتجاب ولم يمحضه فألحق الولد بالفراش .

---

(١) المنهج المنتخب : ١/ ٣٠٩ ، الإسعاف بالطلب : ص٩٤ - ٩٥ .

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي : ٤/ ٣٠٦ ، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك : ٣/ ٥٨ ، الثمر الداني : ص٤٩٣ .

(٣) انظر : المراجع السابقة .

قال ابن دقيق العيد[1] : " جعل بعض المالكية الحديث دليلا لقاعدة من قواعد مذهبهم هي أن الفرع إذا أشبه أصلين ودار بينهما يعطى حكما بين حكمين .

فلو أعطي حكم أحدهما فقط لزم إلغاء شبهه بالآخر ، والفرض أنه أشبه .

وبيانه في الحديث أنه اعطى حكم الفراش فألحق النسب ولم يمحضه فأمرها بالاحتجاب ، وأعطى حكم الشبه فأمرها بالاحتجاب ولم يمحضه فألحق الولد بالفراش "[2] .

وقال ابن حجر : " واستدل به أي الحديث بعض المالكية على مشروعية الحكم بين حكمين ، وهو أن يأخذ الفرع شبها من أكثر من أصل فيعطى أحكاما بعدد ذلك ، وذلك أن الفراش يقتضي إلحاقه بزمعة في النسب ، والشبه يقتضي إلحاقه بعتبة ، فأعطي الفرع حكما بين الحكمين ، فروعي الفراش في النسب والشبه البين في الاحتجاب .

قال : وإلحاقه بهما ولو من وجه أولى من إلغاء أحدهما

---

(١) ابن دقيق العيد : أبو الفتوح تقي الدين محمد بن علي بن وهب القيشيري تفقه على والده وعلى العز بن عبد السلام ، وجمع بين المذهب المالكي والشافعي ، وكان أستاذ زمانه علما ودينا ، وله مؤلفات منها : شرح العمدة ، كتاب الإلمام في أحاديث الأحكام ، ولد سنة ٦٢٥هـ ووفاته سنة ٧٠٢هـ. انظر : طبقات ابن السبكي : ٩/ ٢٠٧ ، شجرة النور : ص١٨٩ ، الفكر السامي : ٢/ ٢٧٦ ، الأعلام : ٧/ ١٣٧ .

(٢) شرح المنهج المنتخب : ١/ ٣١٢ .

مـن كل وجه "[1].

وهذه هي حقيقة مراعاة الخلاف فهي نوع من الحكم بين الحكمين فنكاح الشغار فاسد عند المالكية ، وصحيح عند الحنفية بعد إلغاء الشرط الفاسد ، فتوسط المالكية بين الحكمين فأعملوا دليلهم القاضي بالفسخ وأخذوا بلازم دليل الحنفية ففسخوا العقد بطلاق .

فالطلاق حكم بين حكمين .

وكذلك الأمر في مراعاة الخلاف قبل الوقوع ، فالماء الذي ولغ فيه الكلب طاهر عند المالكية ونجس عند الشافعية فراعى المالكية قول الشافعية ، وقالوا بكراهة الماء الذي ولغ فيه الكلب . فالكراهة هي حكم بين حكمين .

هذا وقد وجدت للمنجور كلاماً يؤيد ما توصلت إليه حيث قال : " ومن حكم بين الحكمين أيضا مراعاة الخلاف . . . "[2] .

(١) فتح الباري : ١٢/ ٣٥ ، إحكام الأحكام لابن دقيق العيد : ٤/ ٧١ .

(٢) شرح المنهج المنتخب : ١/ ٣١٤ .

الفصل الخامس
مراعاة الخلاف عند غير المالكية

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول
مراعاة الخلاف عند الحنفية

المبحث الثاني
مراعاة الخلاف عند الشافعية

المبحث الثالث
مراعاة الخلاف عند الحنابلة

راعى جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة الخلاف وعللوا به بعض الأحكام ، ولكنهم لم يعتبروه أصلا معتمدا في استنباط الأحكام الشرعية ، فلم يبلغوا به درجة التأصيل والتقعيد كما فعل علماء المالكية .

وغالبا ما يقصدون بمراعاة الخلاف قبل وقوع الفعل ، أي الخروج من الخلاف ابتداء للاحتياط .

وسأذكر في هذا الفصل موقف كل مذهب من مراعاة الخلاف مع التمثيل له بالفروع الفقهية .

المبحث الأول

مراعاة الخلاف عند الحنفية

اعتبر الحنفية الخلاف واعملوه في بعض الأحكام دون أن يعتبروه أصلا من أصول مذهبهم .

وهناك شواهد وفروع في كتب الحنفية تدل على الأخذ بمراعاة الخلاف سأذكرها بعد بيان حكم مراعاة الخلاف عندهم .

حكم مراعاة الخلاف عند الحنفية :

مراعاة الخلاف مطلوبة في المذهب الحنفي وذهب بعض علماء الحنفية إلى أنها مندوبة .

قال الحصكفي[(١)] : " مراعاة الخلاف مندوبة بشرط عدم ارتكاب مكروه مذهبه "[(٢)] .

---

(١) الحصكفي : محمد بن علي بن محمد علي الحصني الأصل ، الدمشقي ، الحنفي ، المعروف بالحصكفي ، علاء الدين ، فقيه أصولي محدث مفسر ، ولد بدمشق وأخذ عن محمد المحاسني ، وخير الدين الخطيب وأحمد الفشاني ، تولى افتاء الحنفية له تصانيف منها الدر المختار ، وشرح على المنار في أصول الفقه سماه إفاضة الأنوار وغيرها ، توفي سنة ١٠٨٨هـ بدمشق ، ودفن بمقبرة الباب الصغير . انظر : فهرس الفهارس : ١/ ٢٥٧ ، هدية العارفين : ٢/ ٢٦٩ ، خلاصة الأثر : ٤/ ٦٣-٦٥ .

(٢) الدر المختار مع حاشية بن عابدين : ١/ ١٥٢ .

ونقل ابن عابدين[1] في حاشيته: أن الحنفية صرحوا بأن مراعاة الخلاف مطلوبة[2].

وقال أيضا: "الاقتداء بالمخالف المراعى في الفرائض أفضل من الانفراد ثم قال: والذي يميل إليه القلب عدم كراهة الاقتداء بالمخالف، لأن كثيرا من الصحابة والتابعين كانوا أئمة مجتهدين وهم يصلون خلف إمام واحد مع تباين مذهبهم ... "[3].

وقال في مكان آخر: "إنه إذا لم يوجد في مذهب الإمام قول في مسألة يرجع إلى مذهب مالك، لأنه أقرب المذاهب إليه".

وقال: "كان بعض أصحابنا يقولون بقول مالك"[4].

وصرح في رسالته (عقود رسم المفتي) بجواز العمل والإفتاء بالأقوال الضعيفة في مواطن الضرورة طلبا للتيسير.

قال: "وما مر من عدم جواز العمل والإفتاء بالضعيف محمول على

---

(١) ابن عابدين: محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي فقيه الديار الشامية، وإمام الحنفية في عصره، ولد بدمشق سنة ١١٩٨هـ، له كتب مفيدة أشهرها رد المحتار على الدر المختار ويعرف بحاشية ابن عابدين، نسمات الأسحار على شرح المنار، الرحيق المختوم توفي سنة ١٢٥٢هـ. انظر: هدية العارفين: ٢/ ٣٦٧، الأعلام: ٦/ ٢٦٧.

(٢) حاشية ابن عابدين: ١/ ١٥٢.

(٣) المرجع السابق: ١/ ٥٨٩.

(٤) المرجع السابق: ٢/ ٦٥٣.

غير موضوع الضرورة " .

وذكر أنه مما ينبغي أن يلحق بالضرورة عدم الإفتاء بكفر مسلم في كفره اختلاف ولو رواية ضعيفة[1] .

أمثلة للفروع الفقهية التي راعى فيها الحنفية الخلاف :

١- روي عن أبي يوسف أنه صلى الجمعة بالناس بعد اغتساله من ماء الحمام ، ثم أخبر بفأرة ميتة في ماء الحمام الذي اغتسل منه للجمعة .

فقال : "نأخذ بقول إخواننا من أهل المدينة ، إذا بلغ الماء قلتين لم يحمل خبثا " .

فلم يبطل صلاته ولم يعدها بل أجازها بعد الوقوع مراعاة لقول مخالفه مع مرجوحيته عنده مما يدل على اعتباره لمبدأ مراعاة الخلاف[2] .

٢- وروي أن الخليفة استخلفه في صلاة الجمعة فصلى بالناس ثم ذكر أنه كان محدثا ، فأعاد ولم يأمر الناس بالإعادة .

فقيل له في ذلك ، فقال : "ربما ضاق علينا الشيء فأخذنا بقول إخواننا المدنيين " ومذهبه أن على الجميع الإعادة[3] .

---

(١) رسائل ابن عابدين : ١/ ٥٠ .

(٢) حاشية ابن عابدين : ١/ ٧٨ ، القول السديد في بعض مسائل الاجتهاد والتقليد لابن المقدسي الحنفي : ص٢٤ .

(٣) صحة أصول مذهب أهل المدينة لابن تيمية : ص٦٤ .

٣- وأيضا فإن زفر[١] يقول بصحة الصيام بمجرد الإمساك ولو بلا نية، والمذهب الحنفي يشترط النية لصحة الصيام.

فلو أمسك بدون نية لا يكون صائما لعدم تحقق الشرط، ومع ذلك فلا تجب عليه الكفارة مراعاة لقول زفر القائل بصحة الصوم بلا نية[٢].

٤- وجاء في مسائل الاجتهاد: أن الصغيرة التي زوجها أبوها من صغير، وقبل أبوه ثم كبر الصغير وكانت بينهما غيبة متقطعة، وكان الزواج بشهادة الفسقة فإنه يجوز للقاضي أن يبعث لشافعي المذهب ليبطل النكاح بينهما بهذا السبب.

بل يجوز للحنفي أن يفعل ذلك بنفسه أيضا، أخذا بمذهب الخصم وإن لم يكن ذلك مذهبه[٣].

٥- وعند الحنفية كراهة رفع الحدث للرجل بفضل امرأة مكلفة تطهرت بماء قليل طهارة كاملة في خلوة كخلوة نكاح، وذلك مراعاة لخلاف الإمام

---

(١) زفر: أبو الهذيل زفر بن قيس العنبري من تميم فقيه كبير من أصحاب الإمام أبي حنيفة، أصله من أصبهان، أقام بالبصرة وولي قضاءها وتوفي بها وهو احد العشرة الذين دونوا الكتب، جمع بين العلم والعبادة وكان من أصحاب الحديث فغلب عليه الرأي، وكان يقول: "نحن لا نأخذ بالرأي ما دام أثر وإذا جاء الأثر تركنا الرأي". انظر: الانتقاء: ص١٧٣، شذرات الذهب: ١/ ٢٤٣، الأعلام: ٣/ ٤٥.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٢/ ١١٢.

(٣) القول السديد: ص٣٢.

أحمد بن حنبل رحمه الله القائل إنه لا يصح لرجل أن يتطهر من حدثه بفضل هذه المرأة ، فإن وقع فإنه لا يرفع حدثه[1] .

وإن كان التطهر لا يكره تحريما ولا تنزيها عند الحنفية ، وانما قالوا تبقى كراهته مراعاة للخلاف[2] .

٦- اللعب بالشطرنج لا ترد به الشهادة عند الشافعية[3] ، أما الحنفية فقد خالفوهم في ذلك ، إلا انهم قد راعوا الخلاف مع الشافعية فقالوا بعدم رد الشهادة بلعب الشطرنج[4] .

٧- تجديد الماء لمسح الأذنين سنة من سنن الوضوء عند الشافعية[5] ، وعند الحنفية إذا لم يجدد الماء فمسح بما بقي بعد مسح الرأس فإنه يكون مقيما للسنة آتيا بها[6] .

مع ذلك فقد لاحظوا خلاف الشافعية ، وقالوا بأولوية تجديد الماء لمسح الأذنين مراعاة للخلاف مع الشافعية القائلين بذلك[7] .

٨- قال الشافعية : من سرق مال غريمه الجاحد لدينه ، وأخذه بقصد

---

(١) شرح منتهى الإرادات : ١/ ١١ .

(٢) حاشية ابن عابدين : ١/ ١٣٨ .

(٣) مغني المحتاج : ٤/ ٤٢٨ .

(٤) حاشية ابن عابدين : ٤/ ٥٩٢ .

(٥) مغني المحتاج : ١/ ٦٠ .

(٦) حاشية ابن عابدين : ١/ ١٢٥-١٢٦ .

(٧) المرجع السابق .

الاستيفاء ولو من غير جنس حقه فإنه لا يقطع[1] .

وقال الحنفية : ليس له أخذ الحلي بدل الدراهم لأنها من جنس النقود ، والحلي من جنس العروض فهو جنس مخالف لما أعطاه للمديون ، ولا يجوز الأخذ من خلاف الجنس فيقام عليه حد السرقة ، ويقطع بهذا الآخذ[2] .

لكنهم راعوا ما ذهب إليه الشافعية وقالوا لا يقطع بأخذ العروض لأن أخذها جائز عند بعض العلماء ، فيجوز العمل به وإن لم يكن مذهبهم ، لوجود المسوغ للانتقال وهو التيسير لاستيفاء الحق فضلا عن درء الحد بالشبهة .

٩- مذهب الجمهور : أن توبة الزنديق قبل الرفع لا تقبل ، ويقتل حدا[3] .

وذهب الحنفية إلى أن توبة الزنديق قبل الرفع مقبولة وإسلامه صحيح فلا حد عليه ولا يقتل ، غير أنه قد جاء في شرح الدر المختار للحصكفي وحاشية ابن عابدين أنه قد ورد أمر السلطان إلى القضاة بمراعاة خلاف المذهبين .

---

(١) مغني المحتاج : ٤/ ١٦٢ .

(٢) حاشية ابن عابدين : ٣/ ٣٠٩ .

(٣) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي : ٤/ ٣٤٥ ، مغني المحتاج : ٤/ ١٤١ ، شرح منتهى الإرادات للبهوتي : ٣/ ٣٩٠ .

بمعنى أنه إذا نظر المسألة قاض من جمهور الفقهاء ورأى حسن توبته وإسلامه بظهور صلاحه فإنه ينتقل من العمل بقوله إلى العمل بقول الحنفية وقبول توبته وعدم قتله ، والاكتفاء بتعزيره وحبسه بناء على مبدأ مراعاة الخلاف مع الحنفية .

وإن كان القاضي حنفيا ونظر في حال هذا الرجل فظهر أنه من الناس الذين لا يعرف خيرهم ولا يرجى صلاحهم انتقل من العمل بقوله إلى العمل بمذهب الجمهور[1] .

والانتقال في الحالتين إنما هو لمراعاة الخلاف مع المذهب الآخر بحسب ما يبدو من حال الزنديق لكل من قاضي المذهبين .

١٠- قسمة الغنيمة في دار الحرب جائزة ولا مانع من صحتها عند الشافعية .

أما الحنفية فالمشهور عندهم أن اقتسام الغنيمة في دار الحرب لا يجوز ولا يصح ، ومع ذلك فقد ورد في شرح الهداية قول بكراهة القسمة في دار الحرب ، أي أنها تجوز مع الكراهة .

وعلل هذا القول بأن دليل البطلان راجح إلا أنه تقاعد عن سلب الجواز ، فلا يتقاعد عن إيراث الكراهة ، بمعنى أن القول ببطلان القسمة في دار الحرب راجح والراجح لابد أن يقابله قول مرجوح وهو القائل بكراهة القسمة ، أي أنها جائزة ولكن هذا الجواز تصاحبه الكراهة .

---

(١) شرح الدر المختار : ٢/ ١١٧ ، وحاشية ابن عابدين : ٣/ ٤٥٢ .

ولا ضير في ذلك إذ أن الكراهة لا تمنع الجواز ولا تنافيه فلم يبطل المرجوح الذي يجيز القسمة[1] .

قال الكمال بن الهمام[2] : " دليل البطلان أي بطلان القسمة قبل الاحراز راجح على دليل جوازها إلا أنه تقاعد عن سلب الجواز لأنه لما لم يثبت سلب الجواز بالاتفاق فلم يبطل المرجوح ، وإذا لم يبطل حصل من معارضة الدليلين الراجح والمرجوح الكراهة "[3] .

وما ذلك إلا مراعاة لخلاف الشافعية .

١١ـ عند الحنفية تكبيرات العيد ثلاث في كل ركعة ، إلا أنهم ورد عنهم القول بمراعاة الخلاف ، قال ابن عابدين : " ولو زاد تابعه "[4] .

أي إن زاد الإمام في عدد التكبيرات على ثلاث تابعه المأموم الحنفي ثم علل القول بالمتابعة بقوله : " لأنه تبع لأمامه فتجب عليه متابعته وترك رأيه برأي إمامه "[5] .

---

(١) حاشية ابن عابدين : ٣/ ٣٥٢ ، الهداية المرغيناني مع فتح القدير : ٤/ ٣١١ .

(٢) الكمال بن الهمام : محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود الشيواسي ، ولد بقرب سنة ٧٩٠هـ بالإسكندرية أخذ عن السراج وأبي زرعة بن العراقي وأقام بالقاهرة له تصانيف منها شرح الهداية في فروع الفقه سماه الفتح القدير للعاجز الفقير والتحرير في أصول الفقه ، توفي سنة ٨٦١هـ. انظر : طبقات الحنفية : ٢/ ٣٣، لضوء اللامع : ٨/ ١٢٧ ، بغية الوعاة : ص٧٠ـ٧١ ، الأعلام : ٧/ ١٣٤ .

(٣) فتح القدير لابن الهمام : ٤/ ٣١١ .

(٤) حاشية ابن عابدين : ١/ ٨٧١ .

(٥) المرجع السابق .

المبحث الثاني

مراعاة الخلاف عند الشافعية

راعى الإمام الشافعي رحمه الله الخلاف واعتبره ، وعلل به بعض المسائل التي خالف فيها اجتهاده .

قال القسطلاني[1] في شرح صحيح البخاري بعد أن ذكر أن مراعاة الخلاف معتبرة عند الإمام مالك رحمه الله : " وكذلك روي أيضا عن إمامنا الشافعي أنه كان يراعي الخلاف ، ونص عليه في مسائل ، وبه قال أصحابه حيث لا تفوت به سنة عنده "[2] .

ومما يدل على مراعاة الإمام الشافعي رحمه الله للخلاف ما يلي :

نقل عن الإمام الشافعي أنه صلى ذات مرة بعد ما حلق وعلى ثوبه شعر كثير ، وكان إذ ذاك مذهبه القديم يرى نجاسة الشعر ، فقيل في ذلك ، فقال : " حيث ابتلينا نأخذ بمذهب أهل العراق "[3] .

وروي عنه أنه ترك القنوت في صلاة الصبح عندما صلى مع جماعة من

---

(١) القسطلاني : أبو العباس ، شهاب الدين أحمد بن محمد بن أبي بكر بن عبد الملك القسطلاني المصري الشافعي ، من مصنفاته ، إرشاد الساري على صحيح البخاري، ولد بالقاهرة سنة ٨٥١هـ ووفاته بها سنة ٩٣٣هـ. انظر : الضوء اللامع : ٢/ ١٠٣ ، البدر الطالع : ١/ ١٠٢ ، الأعلام : ١/ ٢٢١ ، معجم المؤلفين : ٢/ ٨٥ .

(٢) إرشاد الساري للقسطلاني : ١/ ٢٥٧ .

(٣) تحفة الرأي السديد للشيخ أحمد بك الحسيني : ص٤٢ .

الحنفية في مسجد الإمام أبي حنيفة[1] .

وثبت عنه أنه كان يصلي خلف المالكية الذين لا يقرؤن البسملة ومذهبه أن قراءتها واجبة[2] .

وسئل عن إمام حنفي توضأ فمس فرجه هل تصح صلاة الشافعي خلفه؟ .

فأجاب بقوله : " وكيف لا أصلي خلف أبي حنيفة "[3] .

ونقل ابن القيم عن الإمام الشافعي أنه قال في موضع من الحج : " قلته تقليدا لعطاء "[4] .

وغيرها من النقول التي تدل على اعتبار الخلاف عند الإمام الشافعي ، وكذلك فعل أصحابه من بعده فقد ساروا على منهجه ، وراعوا الخلاف كلما كان ذلك ممكنا .

حكم مراعاة الخلاف عند الشافعية :

مراعاة الخلاف عند الشافعية مندوبة ومستحبة ، وبعضهم ذهب إلى سنيتها وأحيانا يستعملون كلمة أفضل ، فيقولون : الأفضلية للخروج من الخلاف .

---

(١) ما لايجوز فيه الخلاف بين المسلمين لعبد الجليل عيسى : ص١٩ ، مقدمة المغني : ١/ ٢٣ .

(٢) فتاوى ابن تيمية : ٢/ ١٧٢ ، صحة أصول مذهب أهل المدينة : ص٦٤ ، ما لا يجوز فيه الاخلاف : ص٧١ .

(٣) المراجع السابقة .

(٤) أعلام الموقعين : ٤/ ٢١٢ .

وهم في الأغلب يقصدون بمراعاة الخلاف ما قبل وقوع الفعل أي الخروج من الخلاف ابتداء للاحتياط .

جاء في حاشية الشيخ علي الشبراملسي[1] على نهاية المحتاج : "أن الاستحباب لرعاية الخلاف لا يتوقف على كونه بين الأئمة الأربعة بل يسن الخروج منه وإن كان خلافا لأهل المذهب "[2] .

فقد جمع هنا بين الاستحباب والسنية .

قال الزركشي : "والمجتهد إذا كان يجوز خلاف ما غلب ظنه ، ونظر في متمسك مخالفه فرأى له موقعا فينبغي له أن يراعيه على وجه "[3] .

وجاء في القاعدة الثامنة عشرة من الأشباه والنظائر للسيوطي : "الخروج من الخلاف مستحب "[4] .

والشافعية يرون الخروج من الخلاف أولى وأفضل قبل وقوع الفعل أوالتصرف احتياطا واستبراء للدين ، وذلك خوف الوقوع في المحظور في رأي المخالف المحتمل للصحة والصواب بناء على دليل شرعي لديه ،

---

(١) الشبراملسي : على بن على الشبراملسي أبو الضياء نور الدين فقيه شافعي مصري تعلم وعلم بالأزهر ، وصنف كتبا منها حاشية على المواهب اللدنية للقسطلاني وحاشية على نهاية المحتاج في فقه الشافعية وحاشية على شرح ابن قاسم على الورقات لأمام الحرمين توفي سنة ١٠٨٧هـ. انظر : الأعلام : ٧/ ٣١٤ ، معجم المؤلفين : ٧/ ١٥٣ .

(٢) حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج إلى شرح شرح المنهاج للرملي : ١/ ١٨٩ .

(٣) قواعد الزركشي : ٢/ ٤١٥ .

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي : ص١٥٢ .

أو خوف ارتكاب المحرمات أو المكروهات.

قال الزركشي في (القواعد): "إذا وقع الخلاف في وجوب شيء فأتى به من لا يعتقد وجوبه احتياطا، فإنه يخرج من الخلاف لأجل وجود الفعل بناء على مراعاة الخلاف "[1].

فإذا اختلف الفقهاء من حيث الحل والحرمة فالاحتياط إنما يكون فيه باجتناب الفعل مراعاة للخلاف.

وما اختلفوا فيه من حيث الوجوب وعدمه فالاحتياط يكون بإتيان الفعل مراعاة للخلاف أيضا.

قال العز بن عبد السلام: "حذرا من كون الصواب مع الخصم، إذ الشرع يحتاط لفعل الواجبات والمندوبات كما يحتاط لترك المحرمات والمكروهات "[2].

فعلماء الشافعية يعللون الخروج من الخلاف بالاحتياط وهو الأفضل والأولى عندهم، وفي هذا يقول الإمام السيوطي: "الأفضلية في المراعاة عموم الاحتياط المطلوب في الشريعة على الإطلاق واعتماده على الورع المطلوب أيضا في الشرع، فكانت مراعاة الخلاف أفضل لثبوتها من حيث عموم الاحتياط "[3].

---

(١) قواعد الزركشي: ٢/ ٤١٥.

(٢) قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام: ١/ ٢٥٤.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي: ص١٥٢.

وقال الإمام ابن السبكي " : اشتهر في كلام كثير من الإئمة ويكاد يحسب الفقيه مجمعا عليه من أن الخروج من الخلاف أولى وأفضل.

ثم قال: من أفضلية هذا الخروج بأنها ليست لثبوت سنة خاصة فيه ، بل لعموم الاحتياط والاستبراء للدين ، وهو مطلوب شرعا مطلقا ، فكان القول بأن الخروج أفضل ثابت من حيث العموم، واعتماده على الورع المطلوب شرعا ، فمن ترك لعب الشطرنج معتقدا حله خشية من غائلة التحريم فقد أحسن وتورع[1].

شروط مراعاة الخلاف عند الشافعية:

اشترط الشافعية لصحة الخروج من الخلاف ثلاثة شروط وهي:

١ـ أن لا توقع مراعاته في خلاف آخر ، ومن ثم كان فصل الوتر أفضل من وصله ، ولم يراع خلاف أبي حنيفة لأن من العلماء من لا يجيز الوصل.

٢ـ أن لا يخالف سنة ثابتة ، ومن ثم سن رفع اليدين في الصلاة ، ولم يبال برأي من قال بإبطاله الصلاة من الحنفية ، لأنه ثابت عن النبي صلى الله عليه وسلم من رواية خمسين صحابيا.

٣ـ أن يقوى مدركه بحيث لا يعد هفوة.

قال ابن السبكي: "فإن ضعف ونأى عن مأخذ الشرع كان معدودا من

---

(١) الأشباه والنظائر لابن السبكي: ١/ ١٢٢ .

الهفوات والسقطات ، لا من الخلافيات المجتهدات "[1] .

ومن ثم كان الصوم في السفر أفضل لمن قوي عليه ، ولم يبال بقول داود إنه لايصح .

وقد قال إمام الحرمين في هذه المسألة : "إن المحققين لا يقيمون لخلاف أهل الظاهر وزنا "[2] .

أمثلة للفروع الفقهية التي روعي فيها الخلاف في المذهب الشافعي :

١ـ مني الآدمي طاهر عند الشافعية[3] إلا أنهم قالوا بسنية غسل المني مراعاة لقول المالكية بنجاسته[4] .

٢ـ التدليك مطلوب في الغسل لاعلى سبيل الفرض عند الشافعية وإنما مراعاة لما ذهب إليه المالكية من وجوب التدليك[5] .

٣ـ يكره عند الشافعية التحريك للسبابة عند رفعها ، فيرفعها ولا يحركها مراعاة لخلاف الحنفية[6] القائلين في المشهور عندهم ببسط الأصابع عند

---

(١) انظر : الأشباه والنظائر لابن السبكي : ١/ ١١٢ وما بعدها ، والأشباه والنظائر للسيوطي : ص١٥١ .

(٢) الأشباه والنظائر لابن السبكي : ١/ ١٢٢ .

(٣) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي : ١/ ١٧٥ .

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي : ص١٥١ .

(٥) نهاية المحتاج للرملي : ١/ ١٦٣ ، مغني المحتاج : ١/ ٧٤ .

(٦) نهاية المحتاج : ١/ ٣٨٩ .

التشهد[1] دون تحريك .

٤ـ المطلقة طلاقا رجعيا عند الشافعية يحرم الاستمتاع بها ولو بمجرد النظر لأنه مباح بالنكاح فيحرم بالطلاق ، والرجعة لا تصح عندهم إلا بالقول[2] .

وعند المالكية يباح الوطء إذا كان ناويا به الرجعة إذ تصح إذا نواها بذلك[3] .

فراعى الشافعية قول المالكية في درء الحد ، وقال النووي[4] : " فإن وطئ فلا حد "[5] فسقط عنه الحد حتى وإن كان معتقدا حرمة الوطء مراعاة للخلاف .

٥ـ الترتيب بين الفوائت واجب عند المالكية[6] وعند الشافعية ليس

---

(١) حاشية ابن عابدين : ١/ ٥٣١ .

(٢) مغني المحتاج : ٣/ ٣٣٦ .

(٣) حاشية الدسوقي : ٤١٦-٤١٧ ، بداية المجتهد : ٢/ ٩٢ .

(٤) النووي : أبو زكريا يحي بن شرف بن مري بن حسن الملقب بمُحيي الدين النووي الفقيه الشافعي ولد بقرية نوى من قرى حوران في سوريا ، سمع الحديث من علماء الشام ، وعلّم وصنّف وهو محرر مذهب الشافعي ومهذبه كان آية في الحفظ والفقه والزهد والورع والتواضع له مؤلفات عظيمة منها : المجموع شرح المهذب ، رياض الصالحين ، شرح صحيح مسلم ، منهاج الطالبين . ولد سنة ٦٣١هـ وتوفي سنة ٦٧٦هـ . انظر : طبقات الشافعية الكبرى للسبكي : ٥/ ١٦٥ ، تذكرة الحفاظ : ٤/ ١٤٧٠ ، طبقات الأسنوي : ٢/ ٤٧٦ .

(٥) المنهاج للنووي : ٢/ ١٥٢ ، مع شرح نهاية المحتاج .

(٦) الشرح الكبير للدردير : ١/ ٢٦٥ .

بواجب ، ومع عدم الوجوب عندهم فإنهم قالوا بسنية الترتيب المذكور مراعاة لخلاف المالكية القائلين بالوجوب[١] .

٦ـ القضاء واجب عند الحنفية على من دخل في تطوع صلاة أو صيام ثم قطعهما[٢] ، بينما هو غير واجب عند الشافعية[٣] والحنابلة[٤] ، إذ يقولون بأنه لا قضاء على القاطع لصلاة التطوع أو صيامه إلا أنه قد جاء عند الشافعية استحباب القضاء مراعاة للخلاف[٥] .

٧ـ الموالاة في الطواف حول الكعبة واجبة عند المالكية[٦] والحنابلة[٧] فالطواف بدون الموالاة باطل عندهم لأنّ الموالاة شرطٌ من شروط الطواف لا يتم إلا بها .

بخلاف الشافعية القائلين بعدم وجوب الموالاة وصحة الطواف بدونها ومع ذلك فقد قالوا : إن الموالاة مطلوبة على سبيل السنية مراعاة للمالكية والحنابلة[٨] .

٨- بنت الرجل من ماء زناه ، هل يحرم عليه نكاحها أولا ؟ .

---

(١) نهاية المحتاج : ١/ ٢٨٣ .

(٢) الهداية شرح بداية المنتهي لعلي بن أبي بكر الميرغناني : ٢/ ٨٥ .

(٣) نهاية المحتاج : ٢/ ٣٥١ - ٣٥٢ .

(٤) شرح منتهى الإرادات للبهوتي : ١/ ٤٦١ .

(٥) نهاية المحتاج : ٢/ ٣٥١-٣٥٢ .

(٦) شرح الخرشي وحاشية العدوي : ٢/ ٣١٥ .

(٧) شرح منتهى الإرادات للبهوتي : ٢/ ٥٣ .

(٨) مغني المحتاج : ١/ ٤٨٥ وما بعدها ، نهاية المحتاج : ٢/ ٤١٤ .

قال الحنفية البنت من الزنا تحرم على من تخلقت من مائه لأنها بنته لغة، والخطاب إنما هو باللغة العربية فكان تحريمها عليه ثابتا بالنص الصريح[1].

وقال الشافعية: المخلوقة من ماء زناه تحل له، إذ لا حرمة لماء الزنا بدليل انتفاء أحكام النسب عنها فلا يثبت لها ميراث ولاغيره، فهي أجنبية عنه لأن الشرع قد قطع نسبها عمن تخلقت من مائه فكانت حلالا له[2].

ومع قولهم بالحل انتقلوا عنه إلى القول بكراهة نكاح الرجل لمن تخلقت من مائه بزنا مراعاة لخلاف الحنفية القائلين بحرمة نكاح الرجل لابنته من الزنا[3].

٩- أقل الجزية الواجب أخذها عن كل واحد من الكفار اثنا عشر درهما من الفقير، ومن المتوسط أربعة وعشرون درهما، ومن الغني ثمانية وأربعون درهما وبذلك يقول الحنفية[4].

أما الشافعية فإنهم يقولون إنّ الواجب من الجزية دينار عن كل واحد، إلا أنهم انتقلوا من قولهم هذا إلى القول بأن الإمام يستحب له طلب زيادة على الدينار في العقد حتى يأخذ من متوسط الحال دينارين، ومن الغني أربعة دنانير، أما الفقير فيبقى على حاله ولا يأخذ منه فوق الدينار شيئا[5].

---

(١) الدر المختار للحصكفي: ٢/ ٣٥١، مع حاشية ابن عابدين.

(٢) نهاية المحتاج للرملي: ٥/ ٢٠٧، مغني المحتاج: ٣/ ١٧٥.

(٣) مغني المحتاج: ٣/ ١٧٥.

(٤) حاشية ابن عابدين: ٣/ ٤١٢، بدائع الصنائع: ٩/ ٤٣٣.

(٥) مغني المحتاج: ٤/ ٢٨٤.

وهذه الزيادة مراعاة لخلاف الحنفية الذين لا يجيزون الجزية إلا بذلك والمسوغ للانتقال هو الاحتياط ، لأن الإمام متصرف عن المسلمين ونائب عنهم فينبغي أن يحتاط في تصرفاته لهم بمراعاة وجه المصلحة إذ تصرف الإمام مع الرعية منوط بالمصلحة .

وغيرها من الفروع الفقهية ، وقد ذكر الإمام السيوطي ثمانية عشر فرعا لقاعدة استحباب الخروج من الخلاف .

فقال : " فمنها استحباب الدلك في الطهارة واستيعاب الرأس بالمسح ، وغسل المني بالماء، والترتيب في قضاء الصلوات ، وترك صلاة الأداء خلف القضاء وعكسه، والقصر في سفر يبلغ ثلاث مراحل ، وتركه فيما دون ذلك، للملاح الذي يسافر بأهله وأولاده وترك الجمع .

ومكتابة العبد القوي الكسوب ، ونية الإمامة ، واجتناب استقبال القبلة واستدبارها مع الساتر ، وقطع المتيمم الصلاة إذا رأى الماء خروجا من خلاف من أوجب الجميع .

وكراهة الحيل في باب الربا ، ونكاح المحلل خروجا من خلاف من حرمه ، وكراهة صلاة المنفرد خلف الصف خروجا من خلاف من أبطلها ، وكذا كراهة مفارقة الإمام بلا عذر ، والاقتداء في خلال الصلاة ، خروجا من خلاف من لم يجز ذلك "[1] .

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي : ١٥١-١٥٢ .

المبحث الثالث

مراعاة الخلاف عند الحنابلة

راعى الحنابلة الخـــلاف وعللوا به بعض الأحكام من باب الأخـــذ بالأحوط عند مواطن الخلاف متبعين في ذلك إمام مذهبهم أحمد بن حنبل رحمه الله .

فقد روي أنه قيل للإمام أحمد رحمه الله : " إذا كان الإمام لا يتوضأ من الحجامة أو الفصد ، هل يصلى خلفه؟ " .

فقال : "سبحان الله ، كيف لا يصلى خلف سعيد بن المسيب ومالك رضي الله عنهما "[1] .

مع أنه كان يرى الوضوء من الحجامة والفصد ، وهذا دليل على اعتبار الإمام أحمد بن حنبل للخلاف .

حكم الخروج من الخلاف عند الحنابلة :

الخروج من الخلاف جائز وسائغ عند الحنابلة ، لأنه أخذ بالأحوط وهو مطلوب في الشرع .

جاء في المسودة : "كل من هذه المذاهب ، إذا أخذ به آخذ ساغ له ذلك ، فإن خرج من الخلاف فأخذ بالأحوط ، كتحريه مسح جميع رأسه ، وأخذ فيما لا يمكنه الخروج من الخلاف فيه كمسألة البسملة بقول الأكثر كان هو الأولى .

---

(١) ما لا يجوز فيه الخلاف ص٩٩-١٠٠ ، مقدمة المغني : ١/ ٢٢ .

وفيها أيضا : إذا قصد في مواطن الخلاف توخي ما عليه الأكثر منهم والعمل بما قاله الجمهور دون الواحد منهم فإنه قد أخذ بالحزم والأحوط "[1] .

وجاء في شرح منتهى الإرادات : " ... الأفضل أن تقارن النية في التكبير للإحرام لتقارن العبادة ، وخروجا من الخلاف "[2] .

أمثلة للفروع الفقهية التي روعي فيها الخلاف عند الحنابلة :

عند الحنابلة تصح صلاة القائل : سبحان الله عند رؤية ما يعجبه ، ولكنهم يقولون بالكراهة مراعاة لمن يقول : ببطلان الصلاة بذلك[3] .

عند الظاهرية السجود لا يجزئ إلا على الجبهة والأنف مكشوفين[4] .

وعند الحنابلة مباشرة المصلي من أرض أو حصير أو نحوها بشيء من أعضاء السجود غير واجبة ، فالصلاة بدون المباشرة صحيحة .

ولكن الحنابلة لاحظوا الخلاف فاعتبروه واعتدوا به وقالوا : إذا ترك المصلي مباشرة المصلى باليدين والأنف والجبهة بلا عذر فهو مكروه مراعاة لخلاف القائلين بلزوم المباشرة بهذه الأعضاء[5] .

يسن القضاء عند الحنابلة لمن دخل في صلاة تطوع أو صيام ثم قطعهما

---

(١) المسودة في أصول الفقه لآل تيمية : ص٥٤٠ .

(٢) شرح منتهى الإرادات للبهوتي : ١/ ١٦٦ .

(٣) شرح منتهى الإرادات : ١/ ١٩٩ ، مغني المحتاج : ١/ ١٩٨ .

(٤) المحلى لابن حزم الظاهري : ٣/ ٢٥٥ .

(٥) شرح منتهى الإرادات : ١/ ١٨٧ .

مراعاة لما ذهب إليه الحنفية من وجوب القضاء ، والأصل أن القضاء غير واجب عند الحنابلة[1] .

قال المالكية : يجب القصاص ممن أمسك شخصا لآخر ليقتله فقتله ، وذلك القصاص من الممسك لكونه تسبب في القتل ، ومن القاتل أيضا لمباشرته القتل[2] .

وقال الحنابلة : من أمسك أنسانا لآخر ليقتله وظل ممسكا به حتى قتله الآخر ، فإن القصاص واجب من القاتل بالفعل لكونه قتل عمدا بغير حق من يكافئه .

وأما الممسك فإنه يحبس إلى الموت ولا يمنع من الطعام والشراب وإن قتل ولي القتيل الممسك كان على الولي القصاص[3] .

ولكن الحنابلة انتقلوا من قولهم هذا إلى القول بسقوط القصاص عن الولي المذكور مراعاة لقول المالكية القائلين بوجوب قتل الممسك مع المباشر ، وذلك لوجود المسوغ لهذا الانتقال وهو التيسير على الولي بعدم القصاص منه لوجود الشبهة الدافعة له[4] .

الحرية من الصفات التي يشترط توافرها في كاتب القاضي عند

---

(١) المرجع السابق .

(٢) شرح الخرشي مع حاشية العدوي : ٤/ ٩١٨ .

(٣) شرح منتهى الإرادات : ٣/ ٢٧٥-٢٧٦ .

(٤) المرجع السابق .

الشافعية[1] .

وقال الحنابلة : الحرية في كاتب القاضي غير مطلوبة[2] ومع قولهم بعدم اشتراط الحرية في الكاتب ، فقد انتقلوا من قولهم هذا إلى قول الشافعية ، وقالوا : إن الحرية في الكاتب مطلوبة على سبيل السنية مراعاة لخلاف الشافعية[3] .

وغير ذلك من الفروع الفقهية .

---

(١) مغني المحتاج : ٤/ ٣٨٨ .

(٢) منتهى الإرادات : ٣/ ٤٧٢ ، الإقناع لشرف الدين المقدسي : ٤/ ٣٨٢ .

(٣) المغني لابن قدامة : ٩/ ٧٢-٧٣ .

الباب الثاني

أثر مراعاة الخلاف في الفروع الفقهية

وفيه أربعة فصول:

الفصل الأول

أثر مراعاة الخلاف في العبادات

الفصل الثاني

أثر مراعاة الخلاف في الأحوال الشخصية

الفصل الثالث

أثر مراعاة الخلاف في المعاملات المالية

الفصل الرابع

أثر مراعاة الخلاف في القضاء والجنايات والحدود.

الفصل الأول
أثر مراعاة الخلاف في العبادات

المبحث الأول
أثر مراعاة الخلاف في الطهارة

المبحث الثاني
أثر مراعاة الخلاف في الصلاة

المبحث الثالث
أثر مراعاة الخلاف في الزكاة والصوم

المبحث الرابع
أثر مراعاة الخلاف في الحج والزكاة

أكبر دليل على مراعاة المالكية الخلاف هذا الكم الهائل من الفروع الفقهية التي بُنيت على هذا الأصل ، وهي كثيرة ومتفرقة في بطون كتب الفقه المالكي يحتاج جمعها إلى وقت طويل ويمكنُ إفرادها برسالة تنتظم شتاتها .

وقد حاولت جمع أهم المسائل التي روعي فيها الخلاف مع ذكر دليل المالكية في المسألة والدليل المُراعى للتأكيد على أنّ المالكية لا يراعون صورة الخلاف وإنّما يراعون الدليل وقوته ، معتمداً في ذلك على أمهات كتب الفقه المالكي ، ومرتبًا المسائل على أبواب الفقه .

المبحث الأول
أثر مراعاة الخلاف في الطهارة

المسائل الفقهية المتعلقة بأحكام الطهارة التي بنيت على مراعاة الخلاف كثيرة وقد اخترت منها المسائل التالية :

المسألة الأولى : الماء الذي ولغ فيه الكلب :

الماء الذي ولغ فيه الكلب طاهر مطهر عند المالكية إلا أنه يكره استعماله مع وجود غيره مراعاة لمن قال بنجاسته[(١)] .

قال خليل في المياه المكروهة الاستعمال : " وكره ماء مستعمل في حدث وفي غيره تردد ويسير كآنية وضوء أو غسل بنجس لم يغير أو ولغ فيه كلب "[(٢)] .

ودليل المالكية على طهارة ما ولغ فيه الكلب ما يلي :

١ـ القاعدة عند المالكية أن كل حي طاهر[(٣)] وكذلك ما انفصل عنه من دمع وعرق ولعاب ومخاط وبيض .

٢ـ ولقوله تعالى : ﴿فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾[(٤)] ولم يأمرنا بغسل ،

---

(١) انظر المدونة : ١/ ٦٠٥ ، المعونة للقاضي عبد الوهاب : ١/ ١٨٠ ، التفريع لابن الجلاب : ١/ ٢١٤ ، مواهب الجليل الحطاب : ١/ ٧٤ .

(٢) مختصر خليل : ص ٥ .

(٣) المعونة : ١/ ١٨٠ ، مواهب الجليل : ١/ ٩١ .

(٤) المائدة / ٤ .

وقال الإمام مالك في المدونة: "يؤكل صيده فكيف يكره لعابه"[1].

٣ـ ولقول النبي ﷺ عن الحياض التي بين مكة والمدينة تردها الكلاب والسباع فقال: «لها ما حملت في بطونها ولكم ما بقي شرابا وطهور»[2].

٤ـ قياس الكلب على الهر فإنه لا يكره استعمال سؤره من الماء لمشقة الاحتراز منه، ولما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال عن الهرة: «ليست بنجس، إنما هي من الطوافين عليكم والطوافات»[3].

جاء في المدونة: "وكان يرى - أي الإمام مالك -الكلب كأنه من أهل البيت"[4].

أما الحديث: «إذا ولغ الكلب في إناء أحدكم فليغسله سبع مرات»[5] فحمله المالكية على التعبد، لا لأنه نجس.

قال القاضي عبد الوهاب: "ويدل على أن غسل الإناء منه تعبد، فنقول لأنه غسل مقيد بعدد فأشبه الوضوء"[6].

---

(١) المدونة: ١/ ٦٠٥.

(٢) أخرجه ابن ماجه في الطهارة باب: الحياض (رقم: ٥١٩).

(٣) رواه مالك في الطهارة باب: الطهور للوضوء (رقم: ١٣)، وأبو داود في الطهارة باب: سؤر الهرة (رقم: ٧٥)، والترمذي في الطهارة باب: سؤر الهرة (رقم: ٩٢)، والنسائي في الطهارة باب: سؤر الهرة (رقم: ٦٨)، وابن ماجه في الطهارة باب: الوضوء بسؤر الهرة (رقم: ٣٦٧).

(٤) المدونة: ١/ ٦٠٧.

(٥) أخرجه مسلم في الطهارة باب: حكم ولوغ الكلب (رقم: ٣٧٩).

(٦) المعونة: ١/ ١٨١.

وذهب الشافعية إلى أن الكلب نجس[1] وكذلك الماء الذي ولغ فيه، قال الماوردي[2] : "الكلب نجس، فإذا ولغ في الإناء صار ما فيه نجسا"[3].

ودليلهم أمر النبي ﷺ بغسل الإناء الذي ولغ فيه الكلب سبعا.

قال النووي: "لأنه ورد في الشرع بتغليظ نجاسته وغسلها سبعا للتنفير منه"[4].

مراعاة الخلاف في هذه المسألة:

راعى المالكية مذهب الشافعية وقالوا بكراهة الماء الذي ولغ فيه الكلاب خروجا من الخلاف[5] .

المسألة الثانية : الماء المستعمل في إزالة الحدث:

الماء الذي استعمل في إزالة الحدث طاهر مطهر عند المالكية مكروه[6]

---

(١) الأم للشافعي: ١/ ٦، مختصر المزني: ص ١ .

(٢) الماوردي: أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب، أقضى قضاة عصره من الفقهاء الشافعيين ولي القضاء ببلدان كثيرة، له تصانيف كثيرة منها: الأحكام السلطانية، والحاوي في الفقه، ولم يظهر تصانيفه في حياته بل دسها على جودتها إلى ما بعد وفاته. ولد سنة ٣٦٤هـ بالبصرة، وتوفي ببغداد سنة ٤٥٠هـ. انظر: طبقات السبكي: ٥/ ٢٦٧، الأعلام: ٥/ ١٤٦، معجم المؤلفين: ٧/ ١٨٩ .

(٣) الحاوي للماوردي: ١/ ٣٧٠ .

(٤) المجموع للنووي: ١/ ١٧٤-١٧٦ .

(٥) مواهب الجليل: ١/ ٧٤ .

(٦) انظر المدونة: ١/ ٤، الذخيرة: ١/ ١٦٥، الكافي: ص ١٦، المعونة ١/ ١٧٧، مواهب الجليل: ١/ ٦٦ .

الاستعمال مع وجود غيره .

قال خليل : " وكره ماء مستعمل في حدث "[1] .

قال الحطاب : " مكروه ويعني ذلك أنه طهور ولكنه يكره استعماله يريد مع وجود غيره ، فإن لم يجد غيره تطهر به ولا يتيمم مع وجوده، وهذا هو المشهور "[2] .

ودليل المالكية على طهارة الماء المستعمل :

١ـ قوله تعالى : ﴿وَأَنزَلْنَا مِنَ السَّمَاءِ مَاءً طَهُورًا﴾[3] وطهور على مثال شكور وصبور ، إنما يستعمل فيما يكثر منه الفعل ، وهذا يقتضي تكرار الطهارة بالماء .

٢ـ ولما روي أن بعض أزواج النبي ﷺ اغتسلت في جفنة فجاء النبي صلى الله عليه وسلم ليغتسل منها أوليتوضأ فقالت : إني كنت جنبا فقال : « إن الماء لا يجنب »[4] .

ولأن أوصافه باقية كالذي لم يستعمل .

قال الباجي : " ودليلنا من جهة القياس : أن رفع الحدث بالماء مرة لا يمنع

---

(١) مختصر الجليل : ص ٥ .

(٢) مواهب الجليل : ١/ ٦٦ .

(٣) الفرقان / ٤٨ .

(٤) أخرجه أبو داود في الطهارة باب : الماء لا يجنب (رقم : ٦٨) ، والترمذي في الطهارة باب : الرخصة في فضل طهور المرأة وقال : حسن صحيح (رقم : ٦٥) ، وابن ماجه في الطهارة باب : الرخصة بفضل وضوء المرأة (رقم : ٣٧٠) .

من رفعه به ثانية كرفعه من آخر العضو بعد تطهير أوله ، فإن هذا الماء طاهر لاقى أعضاء طاهرة فلم ينجس بذلك ، كما لوتوضأ به تبردا "[1] .

وذهب أبو يوسف إلى القول إنّ الماء المستعمل غير نجس ، لعموم الظواهر ، ولأنه ماء لاقى جسما طاهرا فلم ينجسه كما لو استعمل في تبرد أو تنظف[2] .

مراعاة الخلاف في هذه المسألة :

مراعاة للخلاف قال المالكية بكراهة الماء المستعمل .

قال المقري : "وإن كره ابتداء للخلاف "[3] .

المسألة الثالثة : الماء القليل الذي وقعت فيه نجاسة ولم تغيره :

الماء اليسير إذا أصابته نجاسة ولم تغير شيئا من أوصافه ، فإنه طهور مكروه الاستعمال مع وجود غيره ، وهذا هو المشهور في المذهب المالكي ، فإن لم يجد غيره وجب استعماله[4] .

ودليل المالكية على طهارة هذا الماء :

١ـ قال تعالى : ﴿ وَيُنَزِّلُ عَلَيْكُم مِّنَ السَّمَاءِ مَاءً لِّيُطَهِّرَكُم بِهِ ﴾[5] فعم

---

(١) المنتقى شرح الموطأ : ١/ ٥٥ .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي : ص ١٦ .

(٣) قواعد المقري : ١/ ٢٢٨ .

(٤) الرسالة لابن أبي زيد القيرواني : ص ٨٨ ، المعونة : ١/ ١٧٦ ، المقدمات الممهدات : ١/ ٨٦ ، الذخيرة : ١/ ١٦٣ ، مواهب الجليل : ١/ ٧٠ .

(٥) الأنفال / ١١ .

جميع الأحوال ، ولا حد سوى التغيير في أحد أوصافه .

٢ـ ولحديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قيل : يا رسول الله أنتوضأ من بئر بضاعة وهي بئر تلقى فيها الحيض ولحوم الكلاب والنتن؟ فقال رسول الله ﷺ : «إن الماء طهور لا ينجسه شيء»[١] .

وفي رواية : «خلق الله الماء طهورا لا ينجسه إلا ما غير لونه أو طعمه أو ريحه»[٢] .

والاستثناء وإن كان ضعيفا إلا أن العلماء أجمعوا على العمل به ، وإذا علم ضعف الحديث فيتعين الاحتجاج على ذلك بالإجماع[٣] .

قال القاضي عبد الوهاب : " ولأنه لم يتغير من نجس كما لو لم تضطرب جنباته ، ولأن هذا يؤدي إلى تنجس المياه كلها "[٤] .

وذهب الحنفية[٥] والشافعية[٦] إلى أن الماء القليل إذا حلته نجاسة تنجسه ولو لم تغيره ، ودليلهم حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنه أن رسول الله

---

(١) أخرجه أبو داود في الطهارة باب : ما جاء في بئر بضاعة (رقم : ٦٦) ، والترمذي في الطهارة ، باب : ما جاء أن الماء لا ينجسه شيء وقال حديث حسن (رقم : ٦٦) .

(٢) أخرجه ابن ماجه في الطهارة باب : الحياض (رقم : ٥٣١) ، والحديث ضعيف لأن فيه رشيد بن سعد جرحه النسائي وابن حبان وأبو حاتم . انظر : نصب الراية لأحاديث الهداية : ١/ ٩٤ .

(٣) مواهب الجليل : ١/ ٧١ .

(٤) المعونة : ١/١٧٦ .

(٥) انظر : مختصر الطحاوي : ص ١٦ ، مختصر القدوري : ١/ ٢١ .

(٦) المجموع للنووي : ١/ ١١٢ ، الحاوي للماوردي : ١/٣٩٦ .

ﷺ قال: «إذا بلغ الماء قُلَتين لم يحمل خبثا»[1].

ومفهومه إذا لم يبلغ قُلتين حمل الخبث.

مراعاة الخلاف في هذه المسألة:

راعى المالكية مذهب الحنفية والشافعية وقالوا بكراهة هذا الماء، وإنما الكراهة مراعاة لمن قال إن الماء القليل إذا وقعت فيه نجاسة تنجسه ولو لم تغيره، قال الحطاب: "ووجه كراهة هذا الماء على المشهور مراعاة الخلاف"[2].

وقال ابن رشد: "فسؤر النصراني وما أدخل فيه يده، وإن أيقن بنجاسة يده وفمه مكروه مع وجود غيره ابتداء مراعاة للخلاف، واجب استعماله مع عدم سواه في الطهارة والتطهير"[3].

المسألة الرابعة: طبخ الخبز بالزبل:

رماد النجس ودخانه نجسان في ظاهر المذهب المالكي[4] جاء في

---

(١) أخرجه الإمام أحمد: ٢/ ٢٧، وأبو داود في الطهارة باب: ما ينجس الماء (رقم: ٦٣)، والترمذي في الطهارة باب: الماء لا ينجسه شيء (رقم: ٦٧)، والنسائي في الطهارة باب: التوقيت في الماء (رقم: ٥٢)، وابن ماجه في الطهارة باب: مقدار الماء الذي لا ينجس (رقم: ٥١٧).

(٢) مواهب الجليل: ١/ ٧١.

(٣) البيان والتحصيل: ١/ ٣٠.

(٤) مواهب الجليل: ١/ ١٠٦، التاج والإكليل للمواق: ١/ ١٠٦، الشرح الكبير: ٥٧-٥٨، حاشية الدسوقي: ١/ ٥٧.

المدونة: "ولا يطبخ بعظام الميتة ولا يسخن بها ماء لوضوء أو عجين"[1].

وذلك خشية انعكاس الدخان على الطعام.

قال خليل عند حديثه عن الأعيان النجسة: "ورماد نجس ودخانه"[2].

قال الحطاب: "فتحصل من هذا أنه لا يوقد بالنجاسة لا على خبز ولا طعام ولا شراب ولا تسخين ماء، فإن فعل ذلك ولم يصل من الرماد والدخان شيء إلى المطبوخ والمخبوز فهو طاهر وإن كان يصل إليه شيء من الرماد فهو نجس أو من الدخان فنجس أيضا على ما مشى عليه المصنف"[3].

وذهب ابن رشد إلى القول بطهارة رماد ودخان الزبل والروث؛ لأن النار تطهر النجس.

قال ابن رشد: "الأظهر طهارتهما، لأن الجسم الواحد تتغير أحكامه بتغير صفاته"[4].

مراعاة الخلاف في هذه المسألة:

رخص أصحاب القول الأول في الخبز الذي طبخ بالزبل مراعاة لمن رأى أن النار تطهر الزبل، ولمن قال بطهارة زبل البغال والخيل.

قال خليل: "... يرخص في الخبز بالزبل بمصر لعموم البلوى

---

(١) المدونة: ١/ ٩١.

(٢) مختصر خليل: ص ٤.

(٣) مواهب الجليل: ١/ ١٠٧، الشرح الكبير: ١/ ٥٨، حاشية الدسوقي: ١/ ٥٨.

(٤) المقدمات الممهدات: ١/ ٧٥، مواهب الجليل: ١/ ١٠٦.

ومراعاة لمن يرى أن النار تطهر ، وأن رماد النجاسة طاهر وللقول بطهارة زبل الخيل وللقول بكراهته منها ومن البغال والحمير ، فيخفف الأمر مع هذا الخلاف ، وإلا فيتعذر على الناس أمر معيشتهم غالبا والحمد لله على خلاف العلماء فإنه رحمة "[١] .

ومراعاة الخلاف هنا دافعها التيسير ورفع الحرج على من يطبخ بالزبل .

المسألة الخامسة : بول وعذرة مباح الأكل :

بول وروث مباح الأكل طاهران عند المالكية[٢] قال ابن عرفة : " المعروف طهارة بول مباح الأكل وروثه "[٣] .

فإذا أصاب بول أو روث مباح الأكل الثوب أوالبدن أو المكان لا يجب غسله لطهارتهما .

ودليل المالكية حديث أنس بن مالك : «إن قوما من عرنة قدموا على النبي ﷺ بالمدينة فاستوخموا المدينة فانتفخت أجوافهم ، فبعثهم النبي ﷺ إلى لقاح الصدقة ليشربوا من أبوالها»[٤] .

ولأن النبي ﷺ «طاف بالبيت راكبا على راحلته ، يومىء إلى البيت

---

(١) مواهب الجليل : ١/ ١٠٧ .

(٢) المدونة : ١/ ٤ - ٢٠ ، المعونة : ١/ ١٦٧ ، مواهب الجليل : ١/ ٩٤ ، حاشية الدسوقي : ١/ ٥١ .

(٣) مواهب الجليل : ١/ ٩٤ .

(٤) أخرجه البخاري في الزكاة باب : استعمال إبل الصدقة (رقم : ١٤٣٠) ، ومسلم في القسامة باب : حكم المحاربين (رقم : ١٦٧١) .

بمحجنه»[1]، ومعلوم من حال الراحلة أنها لا تخلو من البول والروث فلو كان نجسا لامتنع من تنجيس المسجد به.

وأضاف القاضي عبد الوهاب وقال: "لأنه مائع أباح الشرع شربه كاللبن"[2].

وذهب الشافعية إلى نجاسة بول وروث مباح الأكل، ويجب غسله إذا أصاب بدن أو ثوب المصلي أو مكان صلاته[3].

قال الشافعي: "وأصل الأبوال وما خرج من مخرج حي مما يؤكل لحمه أولا يؤكل فكل ذلك نجس"[4].

ودليلهم في ذلك عموم حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم حين مر على قبرين فقال: «يعذبان وما يعذبان في كبير، ثم قال: بلى كان أحدهما لا يستتر من بوله وكان الآخر يمشي بالنميمة»[5].

قال الماوردي: "فكان على عمومه في جميع الأبوال، ولأنه نجس في

---

(١) أخرجه هذا الحديث البخاري في الحج باب: استلام الركن بالمحجن (رقم: ١٥٣٠)، ومسلم في الحج باب: جواز الطواف على بعير (رقم: ١٢٧٢).

(٢) المعونة: ١/١٦٨.

(٣) الحاوي: ١/٢٤٨، الوسيط في المذهب للغزالي: ١/١٥٢، مغني المحتاج: ١/٧٩.

(٤) الحاوي: ١/٢٤٨.

(٥) البخاري في الوضوء باب: من الكبائر أن لا يستتر من بوله (رقم: ٢١٣)، ومسلم في الطهارة باب: الدليل على نجاسة البول ووجوب الاستبراء منه (رقم: ٢٩٢).

الآدمي ، فكان نجسا في البهائم "[1] .

ولأن أصل البول والعذرة دم ، ولأنه حيوان دمه نجس ، فوجب أن يكون بوله نجسا كالآدمي .

وقالوا : إن حديث العُرنيين لا حجة فيه لأنه يدل على جواز شربه عند الحاجة إليه[2] .

مراعاة الخلاف في هذه المسألة :

فراعى المالكية مذهب الشافعية وقالوا باستحباب غسل ما أصاب الثوب والبدن من بول أو روث مباح الأكل . وبهذا فسر المالكية قول الإمام مالك : " غسله أحب إليَّ "[3] .

قال الحطاب : " والاستحباب ظاهر ولو لم يكن إلا للخروج من الخلاف "[4] .

وقال الدسوقي : " يستحب غسل الثوب ونحوه منه عند مالك إما لاستقذاره أو مراعاة للخلاف ، لأن الشافعية يقولون بنجاستها "[5] .

المسألة السادسة : أثر الدم على البدن أو الثوب أو المكان :

المشهور في المذهب المالكي أن ما كان دون الدرهم البغلي[6] من عين أو

---

(١) الحاوي : ٢/ ٢٥١ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) مواهب الجليل : ١/ ٩٤ .

(٤) المرجع السابق .

(٥) حاشية الدسوقي : ١/ ٥١ .

(٦) وهي الدائرة التي تكون في ذراع البغل انظر : مواهب الجليل : ١/ ١٤٦ .

أثر الدم معفو عنه إذا أصاب البدن أو الثوب أو المكان[1] .

وما كان قدر الدرهم أو أكثر منه لا يعفى عنه ولو كان أثرا لدم بعد زوال عينه وهذا هو المشهور[2] .

قال خليل في المعفوات : "ودون درهم مطلقا "[3] .

وخالف الإمام الباجي : "وقال : إن الأثر معفو عنه مطلقا ولو فوق الدرهم "[4] .

وقد ضعف المالكية هذا القول ، قال الدسوقي : "فهو قول ضعيف "[5] .

وثمرة الخلاف تظهر في حالة بقاء آثار الدم في البدن أو الثوب وكانت مساحة الأثر أكثر من الدرهم ، ولم يغسل وصلي به .

فعلى القول المشهور يجب على المصلي إعادة الصلاة أبدا في الوقت وبعده، سواء كان عامدا أم ناسيا .

أما على القول الثاني فإن صلاته صحيحة ، لأن أثر الدم معفو عنه ، ولو زاد على الدرهم .

---

(١) المدونة : ١/ ٢٢ ، المعونة : ١/ ١٦٦ ، مواهب الجليل : ١/ ١٤٦ ، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير : ١/ ٧٢-٧٣ .

(٢) مواهب الجليل : ١/ ١٤٦-١٥٠ ، حاشية الدسوقي : ١/ ٧٣ .

(٣) مختصر خليل : ص ٥ .

(٤) التاج والإكليل : ١/ ١٥٠ ، حاشية الدسوقي : ١/ ٧٣ .

(٥) حاشية الدسوقي : ١/ ٧٣ .

مراعاة الخلاف في هذه المسألة:

إلا أن أصحاب القول المشهور لاحظوا رأي الباجي ، فقالوا: يستحب الإعادة في الوقت ، فإن لم يعد فصلاته صحيحة .

قال الدردير[1] : "فيعيد في الوقت من ترك الغسل عامدا أو ناسيا ليسارة الدم ومراعاة لمن لا يأمره بغسله ورجح "[2] .

قال الدسوقي معلقا على قول الدردير: "وقوله: مراعاة لمن لا يأمره بغسله يعني ما مر عن الباجي من العفو عن الأثر ، ولو زاد على الدرهم "[3] .

فمراعاة الخلاف هنا أدت إلى ترجيح القول الضعيف لما فيه من التيسير على المصلي .

المسألة السابعة : حكم الصلاة بجلود الميتة أو عليها بعد دبغها :

ذهب أكثر أهل العلم إلى أن جلد الميتة يطهر بعد الدباغ طهارة كاملة يجوز بعدها الانتفاع به بكل أنواع الانتفاع ، كالصلاة به أو عليه وبيعه

---

(١) الدردير: أبو البركات أحمد بن محمد العدوي الأزهري الشهير بالدردير ، عمدة المالكية بمصر في وقته ، أخذ عن الشيخ الصعيدي ، لازمه وانتفع به وبه تفقه ، والشيخ أحمد الصباغ ، وأخذ عن الملوي والحفني وبه تخرّج ، وعنه أخذ الدسوقي والعقباوي والصاوي وجماعة ، من مؤلفاته: مختصر أقرب المسالك لمذهب مالك وشرحه ، والشرح الكبير على مختصر خليل وغيرها ، ولد سنة ١١٢٧هـ وتوفي سنة ١٢٠١هـ. انظر: شجرة النور: ص٣٥٩ .

(٢) الشرح الكبير: ١/ ٧٣ .

(٣) حاشية الدسوقي: ١/ ٧٤ .

وشرائه، وهو مذهب الحنفية[1] والشافعية[2] .

واستدلوا على طهارة جلد الميتة بالدباغ بما روي عن ابن عباس رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «إذا دبغ الإهاب فقد طهر»[3] .

وهذا دليل أن جلد الميتة إذا دبغ فإنه يطهر ، وإذا طهر ارتفعت نجاسته وجاز الانتفاع به في الصلاة أو البيع والشراء.

وروي عن ابن عباس رضي الله عنه قال: مر رسول الله ﷺ بشاة ميتة كان تُصُدِّق بها على مولاة لميمونة[4] زوج النبي ﷺ فقال: «أفلا انتفعتم بجلدها» فقالوا: يارسول الله، إنها ميتة ، فقال رسول الله ﷺ: «إنما حرم أكلها»[5].

فقد قال النبي ﷺ: «إنما حرم أكلها» ، و "إنما" أداة حصر ، وهذا

---

(١) بدائع الصنائع: ١/ ٨٥ ، حاشية ابن عابدين: ١/ ١٨٧ .

(٢) الحاوي: ١/ ٥٦-٥٧ ، الوسيط في المذهب للغزالي: ١/ ٢٣٣ ، مغني المحتاج: ١/ ٨٢ .

(٣) رواه الإمام مالك في الموطأ في كتاب الصيد باب: ما جاء في جلود الميتة.

(٤) ميمونة: بنت الحارث بن حزن بن بحير زوج النبي ﷺ ، وأخت أم الفضل وزوجة العباس وخالة خالد بن الوليد وخالة ابن عباس ، تزوجها النبي ﷺ في وقت فراغه من عمرة القضاء سنة سبع في ذي القعدة. انظر: الاستيعاب: ٤/ ٣٥٢٣ ، الإصابة: ٤/ ٣٩٧ .

(٥) مالك في الموطأ في الصيد باب: ما جاء في جلود الميتة ، والبخاري في الزكاة باب: الصدقة على موالي أزواج النبي صلى الله عليه وسلم (رقم: ١٤٢١) ، ومسلم في الحيض باب: طهارة جلود الميتة بالدباغ (رقم: ٣٦٣).

يقتضي أن ما عدا الأكل باق على ما كان عليه من الإباحة فيها، وقد أباح لهم النبي ﷺ الانتفاع بها انتفاعا عاما ولا دليل على تخصيص الانتفاع في غير الصلاة.

واتفق المالكية مع جمهور الفقهاء في أن الدباغ يطهر جلد الميتة لثبوت ذلك عن النبي ﷺ؛ إلا أنهم قالوا هي طهارة غير كاملة أومخصوصة[1].

وذلك أن الطهارة على ضربين:

طهارة ترفع النجاسة جملة وتعيد العين طاهرة، كتخلل الخمر.

وطهارة تبيح الانتفاع بالعين وإن لم ترفع حكم النجاسة، كتطهير الدباغ جلد الميتة.

ويجري ذلك مجرى الوضوء في رفع الحدث والتيمم في استباحة الصلاة مع بقاء الحدث.

واستدلوا بحديث زيد بن وهب[2] قال: "أتانا كتاب عمر بن الخطاب ونحن بأذربيجان: "أن لا تلبسوا إلا ذكيا"[3].

---

(١) المدونة: ٥/ ٢٢٠، الاستذكار: ١٥/ ٣٤٧، المنتقى: ٣/ ١٣٤، مواهب الجليل: ١/ ١٠٢، حاشية الدسوقي: ١/ ٥٤-٥٥.

(٢) زيد بن وهب: الجهني أبو سليمان، هاجر فمات النبي صلى الله عليه وسلم وهو بالطريق وقال بن عبد البر في الاستيعاب أسلم في حياه النبي وهاجرإليه فلم يدركه، نزل الكوفة، روى عن عمر وعثمان وعلي وأبي ذر وعنه أبو إسحاق السبيعي والأعمش وحبيب بن أبي ثابت، قال عنه الأعمش: إذا حدثك زيد بن وهب على أحد فكأنك سمعته من الذي حدثك عنه، وقال ابن معين: ثقة مات سنة ٩٦هـ. انظر: تهذيب التهذيب: ٣/ ٤٢٧، سير أعلام النبلاء: ٥/ ٢٠٠.

(٣) التمهيد: ٤/ ١٦٦.

وكانت عائشة رضي الله عنها تكره الصلاة في جلود الميتة وتكره لباس الفراء منها[2] .

وبالتالي لا يجوز عند المالكية الصلاة بجلود الميتة أو عليها، ويكره بيعها ولو بعد الدباغ[3] .

وأجازوا استعمال جلود الميتة بعد الدباغ في جمع الأشياء اليابسة، وأن يجعل منها السقاء للماء من المائعات ، والجلوس عليها، وغربلة الطعام عليها، وهذا وجه الانتفاع الذي جاء به الحديث .

مراعاة الخلاف في هذه المسألة:

الأصل أن من صلى بجلد الميتة أو عليها أن يعيد صلاته أبدا في الوقت وخارجه لأنه صلى بنجاسة فتبطل صلاته .

لكن المالكية قالوا لا يجوز الصلاة بجلود الميتة أو عليها ابتداء أما إذا صلى بها أو عليها فإنه يعيد في الوقت فقط استحبابا ، مراعاة لمن أجاز الصلاة بها أو عليها لطهارتها[4] .

قال ابن القاسم في المدونة: " ومن صلى ومعه لحم ميتة أو عظمها أو جلدها أعاد في الوقت "[5] .

---

(٢) المرجع السابق.

(٣) الاستذكار: ١٥/ ٣٤٣ .

(٤) المنتقى للباجي: ٣/ ١٣٤ ، مواهب الجليل: ١/ ١٠٢ ، حاشية الدسوقي: ١/ ٥٥ .

(٥) المدونة: ٥/ ٢٢٠ .

المسألة الثامنة : مسح الشعر المسترخي عن حد الرأس :

اختلف المالكية في حكم الشعر المسترخي هل يمسح أو لا يمسح؟ قولان في المذهب المالكي :

القول الأول: يمسح الشعر المسترخي عن حد الرأس ، وهو مذهب المدونة قال الإمام مالك : " وتمسح المرأة على رأسها كالرجل ، وتمسح على المسترخي من شعرها نحو الدلالين وكذلك طويل الشعر من الرجال "[1] .

والدليل عليه من جهة النظر أن شعر الرأس لما نبت فيه وجب أن يحكم له بحكمه ، كما أن ما نبت في الحرم يحكم له بحكم الحرم ، وإن طال وخرج عنه إلى الحل .

القول الثاني: لا يجب مسح ما استرخى عن حد الرأس وهو قول الأبهري وابن رشد ، ويروى عن الإمام مالك أنه قال : " شعر الرأس ليس برأس "[2] .

وقالوا : لا بأس بصيد طائر على غصن أصله في الحرم ، فلم يحكم للفرع بحكم الأصل[3] .

وقد رد ابن ناجي[4] على هذا القول وقال : " بأن وزان ما طال من

---

(١) المدونة : ١/ ١٢٤ ، الذخيرة للقرافي : ١/ ٢٦٣ .

(٢) مواهب الجليل للحطاب : ١/ ٢٠٥ ، مع التاج والإكليل : ١/ ٢٠٥ .

(٣) مواهب الجليل : ١/ ٢٠٥ .

(٤) ابن ناجي : أبو الفضل قاسم بن عيسى بن ناجي الفقيه الحافظ الزاهد الورع له تفقه عظيم ، وقيام على المدونة والرسالة واستحضار للفروع ، ولي قضاء باجة وجربة=

الشعر طرف الغصن لا الطائر " .

ثم قال: " والأول أظهر وأشهر وهو معلوم من مذهب مالك وأصحابه في المدونة . "[1] .

مراعاة الخلاف في هذه المسألة:

وللخروج من الخلاف قال أصحاب القول الثاني يستحب مسح ما استرخى .

فقد نقل الحطاب عن صاحب الطراز قوله: " إن قلنا لا يجب مسح المنسدل ، يكون مستحبا لأنه يحصل باستيعابه كمال الإيعاب ، ويخرج بذلك من شبهة الخلاف "[2] .

قال الحطاب: " والظاهر الاستحباب لأن الخروج من الخلاف مطلوب "[3] .

المسألة التاسعة: غسل الرأس بدلا من مسحه:

المشهور في المذهب المالكي أن الرأس يمسح ولا يغسل[4] ، فإذا غسله

= والقيروان ، له شرح على الرسالة وشرح على المدونة شتوى في أربعة أسفار ، وصيفي في سفرين ، توفي سنة ٨٣٧هـ. انظر: نيل الابتهاج: ص ٢٢٣ ، الفكر السامي: ٢/ ٢٥٦ .

(١) مواهب الجليل: ١/ ٢٠٥ .

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المدونة: ١/ ١٦ ، التفريع ١/ ١٩٠ ، مواهب الجليل: ١/ ٢٠٢ ، حاشية الدسوقي: ١/ ٨٨ .

ففي المذهب ثلاثة أقوال :

القول الأول : يجزيه الغسل عن المسح ، لأن الغسل مسح وزيادة ، وهو قول ابن شعبان[1] وهو المشهور[2] قال خليل : " وغسله مجزي "[3] .

قال ابن عطاء الله[4] : " وهو أشهر الأقوال الثلاثة "[5] .

والإجزاء عندهم لا يقتضي الجواز ابتداء .

القول الثاني : لا يجزيه لأن الله تعالى قال : ﴿وَامْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ﴾[6] ، والغسل غير حقيقة المسح المأمور به ، فلا يجزئ أحدهما عن الآخر[7] .

---

(١) ابن شعبان : محمد بن إسحاق بن القاسم بن شعبان الفقيه الحافظ إمام المالكية بمصر في عصره ، كان واسع الرواية كثير الحديث وشيخ الفتوى ألف كتاب الزاهي المشهور في الفقه وكتاب مختصر ما ليس في المختصر وكتاب أحكام القرآن ، توفي يوم السبت عام ٣٥٥هـ ، وقد جاوز ثمانين سنة . انظر : الديباج : ص ٣٩٥ ، الفكر السامي : ٢/ ١١٠ ، شجرة النور : ص ٨٠ .

(٢) الشرح الكبير : ١/ ٨٩ ، مواهب الجليل : ١/ ٢١١ .

(٣) مواهب الجليل : ١/ ٢١١ .

(٤) ابن عطاء الله : عبد الكريم بن عطاء الله الجذامي الإسكندري أبو محمد العالم الإمام المحقق المؤلف المدقق الفقيه الأصولي كان رفيق ابن الحاجب في الأخذ عن الأبياري وبه تفقه وأخذ عن أبي الحسين ابن جبير وعنه جماعة منهم بن أبي الدنيا الطرابلسي ، له تآليف غاية في التحرير منها البيان والتقريب في شرح التهذيب نحو سبع مجلدات ، واختصر التهذيب للبراذعي توفي سنة ٦١٢هـ . انظر : الديباج المذهب : ٢٨٠ ، شجرة النور : ص ١٦٧ .

(٥) مواهب الجليل : ١/ ٢١١ .

(٦) المائدة : / ٦ .

(٧) مواهب الجليل : ١/ ٢١١ ، حاشية الدسوقي : ١/ ٨٩ .

القول الثالث: يكره الغسل مراعاة لدليل الجواز[1].

المسألة العاشرة : من ترك مسح أذنيه في الوضوء وصلى :

الأذنان عند الإمام مالك رحمه الله من الرأس تمسحان معه في الوضوء، لأن مسح جميع الرأس عنده واجب. وإنما السنة تجديد الماء لهما[2].

ودليله في ذلك قول رسول الله ﷺ: «إذا توضأ العبد المؤمن فتمضمض خرجت الخطايا من فيه ، وإذا استنثر خرجت الخطايا من أنفه ، فإذا غسل وجهه خرجت الخطايا من وجهه ، حتى تخرج من تحت أشفار عينيه ، فإذا غسل يديه خرجت الخطايا من يديه حتى تخرج من تحت أضفار يديه ، فإذا مسح برأسه خرجت الخطايا من رأسه حتى تخرج من أذنيه ، فإذا غسل رجليه خرجت الخطايا من رجليه حتى تخرج من تحت رجليه ، وقال ثم كان مشيه إلى المسجد وصلاته نافلة له»[3].

فلما قال رسول الله ﷺ: « فإذا مسح برأسه خرجت الخطايا من أذنيه» ولم يقل: "إذا غسل وجهه خرجت الخطايا من أذنيه" ، فهذا يدل على أن الأذنين من الرأس[4].

---

(١) مواهب الجليل: ١/ ٢١١ .

(٢) المدونة: ١/ ١٢٣ ، التفريع: ١/ ١٩٠ ، المعونة: ١/ ١٢٥ ، المنتقى: ١/ ٧٤ ، مواهب الجليل: ١/ ٢٤٨ .

(٣) أخرجه مالك في الطهارة باب: جامع الوضوء ، والنسائي في الطهارة باب: مسح الأذنين مع الرأس (رقم: ١٠٢) ، وابن ماجه في الطهارة باب: ثواب الطهور (رقم: ٢٨٢).

(٤) التمهيد لابن عبد البر: ٤/ ٤١٢ ، الاستذكار: ٢/ ١٩٧ .

وثبت عن النبي ﷺ مسح برأسه وأذنيه باطنهما بالسبابتين وظاهرهما بإبهامه[1] .

ويستحب له تجديد الماء لهما لحديث عبد الله بن زيد[2] رأى رسول الله ﷺ يتوضأ فأخذ لأذنيه ماء خلاف الماء الذي أخذه لرأسه "[3] .

وقال ابن شهاب الزهري : "الأذنان من الوجه ، لأنهما مما يواجهك ، ولا ينبت عليهما شعر الرأس ، وما لا ينبت عليه شعر الرأس ، فهو من الوجه ، إذ كان فوق الذقن ولم يكن قفا ، وقد أمر الله بغسل الوجه أمرا مطلقا ، وكل ما واجهك فهو وجه " .

ولأن النبي ﷺ كان يقول في سجوده : «سجد وجهي للذي خلقه وصوره وشق سمعه وبصره»[4] فأضاف السمع إلى الوجه[5] .

---

(١) انظر : ما أخرجه أبو داود في الطهارة باب : صفة وضوء النبي صلى الله عليه وسلم (رقم : ١٠٦) ، والترمذي في الطهارة باب : ما جاء أن مسح الرأس مرة أنه ﷺ مسح رأسه وأذنيه باطنهما بالسبابتين وظاهرهما بإبهامه (رقم : ٣٤) وقال الترمذي : حسن صحيح .

(٢) عبد الله بن زيد : المازري البخاري صاحب حديث الوضوء، من فضلاء الصحابة يعرف بابن عمارة وهو عبد الله ابن زيد بن عاصم بن كعب بن مازن النجار ، وهو بدري وقيل أُحدي وهو الذي قتل مسيلمة بالسيف ، روى له الستة ، قتل يوم الحرة سنة ٦٣هـ. انظر : تهذيب التهذيب : ٥/ ١٩٦ ، الثقات لابن حبان : ٣/ ٢٢٣ ، الإصابة : ٢/ ٣١٣ .

(٣) أخرجه الحاكم في المستدرك : ١/ ١٥١ ، وقال حديث صحيح على شرط الشيخين . انظر : نصب الراية ١/ ٢٢ .

(٤) أخرجه مسلم في صلاة المسافرين باب : الدعاء في صلاة الليل وقيامه (رقم : ٧٧١) .

(٥) الاستذكار : ٢/ ١٩٧ .

مراعاة الخلاف في هذه المسألة:

فراعى الإمام مالك هذا الخلاف وأعمله في حالة نسيان مسح الأذنين فلم يأمر من نسيهما بإعادة الصلاة .

فقد سئل ابن القاسم عن الذي نسي أن يمسح أذنيه حتى صلى ، أو يمسح بعض رأسه -مقدمه أو مؤخره أو صدغيه- ويصلي- قال: قال مالك " : لا يعيد الصلاة من نسي مسح أذنيه "[1] .

قال ابن رشد: "إنما قال لا إعادة على من نسيهما وهما عنده من الرأس ومسح جميعه واجب عنده مراعاة للخلاف "[2] .

وقال الحطاب: "مراعاة لقول من قال أنهما ليسا من الرأس "[3] .

المسألة الحادية عشرة : من مس ذكره ثم صلى هل يعيد الصلاة:

من نواقض الوضوء عند الإمام مالك مس الذكر دون حائل بباطن أو جنب الكف أو بباطن الأصابع[4] .

ودليل الإمام مالك ما روته بُسرة بنت صفوان[5] أنها سمعت رسول الله

---

(١) البيان والتحصيل: ١/ ١٩٣ .

(٢) المرجع السابق.

(٣) مواهب الجليل: ١/ ٢٤٩ .

(٤) المدونة: ١/ ٩ ، المعونة: ١/ ١٥٦ ، التفريع: ١/ ١٩٦ ، المنتقى: ١/ ٨٩ ، مواهب الجليل: ١/ ٢٩٩ .

(٥) بسرة بنت صفوان: بن نوفل بن أسد القرشية الأسدية بنت أخي ورقة بن نوفل وهي أخت عقبة بن أبي معيط وزوج المغيرة بن أبي العاص ، روت عن النبي ﷺ وروى عنها مروان بن الحكم وعروة بن الزبير وسعيد بن المسيب وغيرهم . انظر: الإصابة: ٤/ ٢٤٥ ، تهذيب التهذيب: ١٢/ ٤٠٤ .

ﷺ يقول: «إذا مس أحدكم ذكره فليتوضأ»[1] .

وذهب أبو حنيفة رحمه الله إلى عدم نقض الوضوء بمس الذكر[2] واستدل بحديث طلق بن علي[3] الذي سأل رسول الله ﷺ قال: "ما ترى في مس الرجل ذكره بعد ما توضأ فقال: «وهل هو إلا بضعة منه»[4] .

مراعاة الخلاف في هذه المسألة:

فمن مس ذكره انتقض وضوؤه عند الإمام مالك ، فإذا صلى أعاد في الوقت فإن خرج الوقت فلا إعادة عليه مراعاة لمذهب الحنفية .

قال ابن عبد البر: "من مس ذكره أمره (أي الإمام مالك) بالوضوء ما لم يصل فإن صلى أمره بالإعادة في الوقت، فإن خرج الوقت فلا إعادة عليه "[5] .

---

(١) أخرجه مالك في الطهارة باب: الوضوء من مس الذكر ، وأبو داود في الطهارة باب: الوضوء من مس الذكر (رقم: ١٨١) ، والنسائي في الطهارة باب: الوضوء من مس الذكر (رقم: ١٦٣) ، وابن ماجة في الطهارة باب: الوضوء من مس الذكر (رقم: ٤٧٩) ، والترمذي في الطهارة باب: الوضوء من مس الذكر وصححه (رقم: ٨٢).

(٢) تبين الحقائق للزيلعي: ١/ ١٢٧ ، المبسوط: ١/ ٦٦ ، فتح القدير: ١/ ٣٥ .

(٣) طلق بن علي: بن طلق بن عمرو يقال علي بن علي بن المنذر بن قيس أبو علي، له صحبة ووفادة ورواية ، روى عنه ابنه قيس وابنته خلدة وعبد الله بن بدر وغيرهم. انظر: الإصابة: ٢/ ٢٢٤ ، تهذيب التهذيب: ٥/ ٣٣ ، الثقات: ٣/ ٢٠٥ .

(٤) أخرجه أحمد في مسنده: ٢/ ٤ ، أبو داود في الطهارة باب: الرخصة في ذلك(رقم: ١٨٢) ، والترمذي في الطهارة باب: ترك الوضوء من مس الذكر (رقم: ٨٥) ، وقال: هذا الحديث أحسن شيء روي في هذا الباب .

(٥) التمهيد: ١٧/ ١٩٧-٢٠٥ ، الاستذكار: ٣/ ٣٤ .

قال المواق : " واختلف أصحاب مالك فيمن مس ذكره وصلى من غير وضوء، فقيل يعيد في الوقت وقيل لا إعادة ، ووجه هذين القولين مراعاة الخلاف "[1] .

المسألة الثانية عشرة : البناء في الرعاف :

من حصل له الرعاف في الجمعة قبل أن يتم ركعة بسجدتيها ولم يلحق منها بعد غسله ركعة مع الإمام ، فإنه يصلي ظهرا أربعا باتفاق .

لكن المالكية اختلفوا هل يبني على إحرامه الأول أو لا يبني؟

المشهور في المذهب أنه لابد من ابتدائه الصلاة بإحرام جديد بعد قطع صلاته بسلام أو كلام أو استدبار القبلة ، لعدم إجزاء نية الجمعة عن الظهر[2] .

قال خليل : "وإن لم يتم ركعة في الجمعة ابتدأ ظهرا بإحرام "[3] .

وقال سحنون[4]: "يبني على إحرامه لأنه لم يخرج من الصلاة ، ويصلي أربعا "[5].

---

(١) التاج والإكليل : ١/ ٢٩٩ .

(٢) مواهب الجليل : ١/ ٤٩١ .

(٣) مختصر خليل : ص ٢٠ .

(٤) سحنون : عبد السلام بن سعيد بن حبيب الملقب بسحنون أبو سعيد ، أخذ العلم عن مشايخ القيروان ورحل إلى مصر والحجاز وأخذ عن ابن القاسم وأشهب وعبد الله بن عبد الحكم ، انتهت إليه الرئاسة في العلم بالمغرب وعلى قوله المعول ، من تآليفه : النوازل في الصلاة ، المدونة أخذها عن ابن القاسم ، توفي سنة ٢٤٠هـ. انظر : الديباج : ص١٣٤ ، الفكر السامي : ١/ ٩٨ ، شجرة النور : ص ٦٩ .

(٥) مواهب الجليل : ١/ ١٩١ .

مراعاة الخلاف في هذه المسألة :

فراعى أصحاب القول المشهور قول سحنون وقالوا : لو لم يقطع صلاته وبنى على إحرامه فإن صلاته صحيحة مراعاة لقول سحنون[1] .

المسألة الثالثة عشرة : البناء في الحدث[2] :

البناء عند المالكية لا يكون إلا في الرعاف ، فمن حصل له شيء ينافي الصلاة من سبق حدث أو تذكره أو سقوط نجاسة أو تذكرها أو غير ذلك مما يبطل الصلاة ، فإنه لا يبني على ما مضى من صلاته ، بل يقطعها ويستأنف الصلاة ، هذا هو المذهب[3] .

جاء في المدونة : " ولا يبني إلا في الرعاف وحده "[4] .

وجاء فيها أيضا : " قال مالك : من تقيأ عامدا أو غير عامد ابتدأ الصلاة ولا يبني إلا في الرعاف "[5] .

وقال الباجي : " الحدث يمنع البناء سواء كان غالبا أو غير غالب فهو مذهب مالك وجميع أصحابه "[6] .

---

(١) مواهب الجليل : ١/ ٤٩١ ، حاشية الدسوقي : ١/ ٢٠٧ .

(٢) الحدث : هو الخارج المعتاد من المخرج المعتاد في الصحة من ريح وغائط وبول ومذي وودي ومني يغير لذة . انظر : الشرح الصغير : ١/ ٤٩ .

(٣) انظر المدونة : ١/ ١٠١ ، المعونة : ١/ ٢٨١ ، مواهب الجليل : ١/ ٤٩٣ .

(٤) المدونة : ١/ ١٠١ .

(٥) المرجع السابق .

(٦) المنتقى : ١/ ٨٣ .

وحجة المالكية :

ما روى مالك عن نافع[1] : أن عبد الله بن عمر كان إذا رعف انصرف فتوضأ ثم رجع فبنى ولم يتكلم[2] .

وكذلك فعل ابن عباس وأنس ولم يخالفهم أحد فكان إجماعا[3] .

وروى المسور بن مخرمة[4] أنه دخل على عمر بن الخطاب من الليلة التي طعن فيها فأيقظ عمر لصلاة الصبح فقال عمر : "نعم ، ولا حظ في الإسلام لمن ترك الصلاة . فصلى عمر وجرحه يثعب دما "[5] .

---

(١) نافع : مولى ابن عمر أبو عبد الله ، أصابه عبد الله بن عمر في بعض غزواته ، كان من أئمة التابعين روى عن مولاه ابن عمر وزيد بن ثابت وأبي سعيد الخدري وابن عباس وغيرهم . قال مالك : " نشر نافع عن ابن عمر علما جما " . توفي بالمدينة سنة ١١٠هـ في خلافة هشام بن عبد الملك . انظر : تهذيب التهذيب : ١٠/ ٤١٢ ، سير أعلام النبلاء : ٥/ ٩٥ ، وفيات الأعيان : ٥/ ٣٦٧ .

(٢) أخرجه مالك في الموطأ في كتاب الطهارة باب : ما جاء في الرعاف ، وابن أبي شيبة في المصنف : ١/ ١٠٣ .

(٣) انظر الموطأ كتاب الطهارة باب : ما جاء في الرعاف .

(٤) المسور بن مخرمة : بن نوفل بن أهيب القرشي الزهري يكنى أبا عبد الرحمن ، وأمه عاتكة بنت عوف أخت عبد الرحمن ، كان مولده بعد الهجرة بسنتين ، وقدم المدينة في ذي الحجة بعد الفتح سنة ثمان وهو غلام أيفع ابن ست سنين ، قال البغوي : حفظ عن النبي صلى الله عليه وسلم أحاديث ، كان يلزم عمر بن الخطاب وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن الخلفاء وغيرهم وروى عنه سعيد بن المسيب وعلى بن الحسين ، توفي في حصار مكة أصابه حجر منجنيق سنة ٦٤هـ وقيل ٧٣هـ . انظر : الإصابة : ٣/ ٣٩٩ ، تهذيب الأسماء واللغات : ٢/ ٩٤ .

(٥) رواه مالك في الطهارة باب : العمل فيمن غلبه الدم من جرح أو رعاف ، وعبد الرازق في المصنف : ١/ ١٥٠ .

وروى الإمام مالك أن سعيد بن المسيب كان يرعف فيخرج منه الدم حتى تختضب أصابعه من الدم الذي يخرج من أنفه ثم يصلي ولا يتوضأ[1].

فهذه الآثار تدل على حصر البناء في الرعاف وحده.

ولما رواه أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «لا تقبل صلاة من أحدث حتى يتوضأ» قال رجل: من حضرموت: ما الحدث يا أبا هريرة؟ قال: "فساء أو ضراط"[2].

وعن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أن رسول الله عليه وسلم كان قائما يصلي بهم فانصرف ثم جاء رأسه يقطر فقال: «إني قمت بكم ثم ذكرت أني كنت جنبا ولم أغتسل فانصرفت فاغتسلت، فمن أصابه منكم مثل الذي أصابني أو أصابه في بطنه رز فلينصرف فليغتسل أو ليتوضأ وليستقبل صلاته»[3].

قال الباجي: "إن المحدث إذا خرج إلى الوضوء لا يخلو أن يكون في صلاة أو في غير صلاة، فإن كان في غير صلاة وجب أن لا ينبني على أول صلاته للإجماع على أن التفريق مفسد لها.

وإن كان في صلاة وجب أن تبطل صلاته للإجماع على أن الطهارة شرط في صحتها، ولو صح بعضها مع عدم الطهارة لوجب أن يصح جميعها مع عدم الطهارة وهذا باطل باتفاق، وإذا بطل هذان الوجهان بطل

(١) انظر: الموطأ كتاب الطهارة باب: العمل في الرعاف.

(٢) أخرجه البخاري في كتاب الوضوء باب: لا تقبل صلاة بغير طهور (رقم: ١٣٥).

(٣) أخرجه أحمد في مسنده: ١/ ٨٨.

البناء مع الحدث[1] .

وقال أبو حنيفة وأصحابه كل حدث سبق المصلي في صلاته بولا كان أو غائطا أو رعافا أو ريحا فإنه ينصرف ويتوضأ ويبني على ما قد صلى[2] .

واستدل الحنفية بحديث عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال : «إذا قاء أحدكم في صلاته أو رعف فلينصرف وليبن على ما مضى من صلاته ما لم يتكلم»[3] .

ولأنه حدث في صلاته بغير فعله فوجب أن لا يبطلها قياسا على حدث المستحاضة .

مراعاة الخلاف في هذه المسألة :

راعى ابن القاسم قول الحنفية بالبناء في الحدث لما سئل عن إمام أحدث فاستخلف ثم توضأ وجاء فأخرج المستخلف وأتم بهم ، فقال ابن القاسم : " لا ينبغي ذلك ، فإن فعل فإذا تمت الصلاة أشار إليهم حتى يقضي لنفسه ثم يسلم ويسلمون "[4] .

قال ابن رشد : " راعى ابن القاسم قول العراقيين بالبناء في الحدث ،

---

(١) المنتقى : ١/ ٨٣ .

(٢) بدائع الصنائع : ١/ ١٣٥ .

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه : ١/ ١٥٧ ، وفي سنده إسماعيل بن عياش يحتج به في حديث الشاميين أما حديثه في الحجازين فلا يخلو من ضعف . انظر : نصب الراية : ١/ ٣٨ .

(٤) التاج والإكليل : ٢/ ١٣٧ .

ومقتضى المذهب بطلانها عليه لأنه بحدثه بطلت صلاته فصار مبتدئا لها من وسطها ، وعليهم لأنهم أحرموا قبله "[1] .

وذلك كله للتيسير وعدم إبطال الصلاة إذا أمكن تصحيحها .

المسألة الرابعة عشرة : التيمم إلى المرفقين:

الواجب في التيمم عند الإمام مالك رحمه الله مسح الوجه واليدين إلى الكوعين ، ويستحب إلى المرفقين[2] .

ودليله في ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم لعمار[3] : «إنما يكفيك هكذا» فضرب النبي ﷺ بكفيه الأرض ونفخ فيهما ثم مسح بهما وجهه وكفيه [4] .

وما رواه الإمام مالك عن نافع عن ابن عمر أنه أقبل هو وعبد الله بن عمر من الجُرُف[5] حتى إذا كان بالمربد نزل عبد الله فتيمم صعيدا طيبا

---

(١) المرجع السابق .

(٢) انظر المدونة : ١/ ٤٧ ، المعونة : ١/ ١٤٥ ، المنتقى : ١/ ١١٣ ، التفريع : ١/ ٢٠٢ ، مواهب الجليل : ١/ ٣٤٨ ، الشرح الكبير : ١/ ١٥٥ ، حاشية الدسوقي : ١/ ١٥٥ .

(٣) عمار : بن ياسر بن كنانة بن قيس أبو اليقظان حليف لبني مخزوم كان ممن عذب وأمه في الله ، ثم أعطاهم عمار ما أرادوا بلسانه واطمأن قلبه بالإيمان فنزل قول الله تعالى : ﴿**إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان**﴾ شهد بدرا والمشاهد كلها ، قتل في صفين سنة ٣٧هـ ودفنه علي رضي الله عنه في ثيابه ولم يغسله وقد قال عنه النبي ﷺ : «تقتل عمار الفئة الباغية» . انظر : الاستيعاب : ٣/ ١٨٨٣ ، تهذيب التهذيب : ٧/ ٤٠٧ ، الثقات : ٣/ ٣٠٢ .

(٤) أخرجه البخاري في التيمم باب : التيمم هل ينفخ فيهما (رقم : ٣٣١) .

(٥) الجرف : بضم أوله وثانيه موضع على ميل من المدينة ، كان المسلمون يعسكرون به إذا أرادوا الغزو . انظر معجم ما استعجم من أسماء البلاد والمواضع للبكري : ٢/ ٣٧٧ .

فمسح وجهه ويديه إلى المرفقين ثم صلى[1].

وسئل الإمام مالك رحمه الله كيف التيمم وأين يبلغ به فقال: "يضرب ضربة للوجه ولليدين ويمسحهما إلى المرفقين"[2].

جاء في التوضيح: "الاستيعاب مطلوب ابتداء ولو ترك شيئا من الوجه ومن اليدين إلى الكوعين لم يجزه على المشهور"[3].

وذهب أبو حنيفة[4] والشافعي في الجديد[5] وغيرهما إلى وجوب ضربتين، ووجوبه إلى المرفقين لحديث ابن عمر رضي الله عنهما: «أن الرسول ﷺ ضرب بيده على الحائط ومسح بها وجهه ثم ضرب ضربة أخرى فمسح ذراعيه»[6].

وعن ابن عمر مرفوعا: "التيمم ضربتان، ضربة للوجه وضربة لليدين إلى المرفقين"[7].

وبالقياس على الوضوء.

---

(١) رواه مالك في الموطأ في الطهارة باب: العمل في التيمم.

(٢) المرجع السابق، المنتقى: ١/ ١١٦.

(٣) مواهب الجليل: ١/ ٣٤٩.

(٤) انظر بدائع الصنائع: ١/ ٤٥، فتح القدير: ١/ ٨٦.

(٥) مغني المحتاج: ١/ ٣٠٠، المهذب: ١/ ٣٢.

(٦) رواه أبو داود في الطهارة باب: التيمم في الحضر (رقم: ٣٣٠).

(٧) رواه الدارقطني في سننه: ١/ ١٨٠، وتعقب بأن الصواب وقفه على ابن عمر. انظر: شرح الزرقاني على الموطأ: ١/ ١٦٥.

مراعاة الخلاف في هذه المسألة :

فمن اقتصر في التيمم على الكوعين أجزأه عند الإمام مالك لأنه أتى بالفرض .

إلا أنه قال يعيد في الوقت مراعاة لمن أوجب التيمم إلى المرفقين .

فقد سئل الإمام مالك عمن أفتى بأن التيمم إلى الكفين ، فتيمم وصلى ، ثم أخبر بعد ذلك أن التيمم إلى المرفقين ، ما ترى أن يصنع ؟

قال : " أرأيت لو صلى منذ عشرين سنة ، أي : شيء كنت آمره به؟ ثم قال : أرى أن يعيد ما دام في الوقت "[1] .

قال ابن رشد : " فمن تيمم عند الإمام مالك إلى الكوعين أجزأه وإن كان لا يأمره بذلك ابتداء ، ويرى عليه الإعادة في الوقت إن فعل مراعاة لقول من يرى آية التيمم محمولة على آية الوضوء فيوجب التيمم إلى المرفقين على أصله في مراعاة الخلاف "[2] .

المسألة الخامسة عشرة : التيمم لصلاة الجنازة :

اختلف المالكية في حكم صلاة الجنازة على قولين :

القول الأول : صلاة الجنازة فرض كفاية وهو المشهور ، وهو قول مالك وجمهور أصحابه[3] ودليلهم :

---

(١) البيان والتحصيل : ١/ ٤٦ .

(٢) المرجع السابق : ١/ ٤٧ .

(٣) المعونة : ١/ ٣٤٧ ، الذخيرة : ٢/ ٤٥٦-٤٥٧ ، مواهب الجليل : ١/ ٢٠٨ ، حاشية الدسوقي : ١/ ٤٠٨ .

ما روي عن النبي ﷺ أنه قال حين علم بموت النجاشي[١] : «إن أخا لكم قد مات فقوموا فصلوا عليه»[٢] .

والأمر يقتضي الوجوب ، ولا فرق بين الصلاة على النجاشي وغيره .

وقال أصبغ[٣] : "صلاة الجنازة سنة وليست بواجبة[٤] ودليله :

أن النبي ﷺ لما بين الفرائض الخمس قال له السائل هل علي غيرهن قال : «لا ؛ إلا أن تطوع»[٥] .

---

(١) النجاشي : ملك الحبشة هاجر إليه المسلمون فنصرهم ، وأسلم مات في رجب سنة تسع ، ونعاه رسول الله ﷺ إلى الناس في اليوم الذي مات فيه وصلى عليه في البقيع . سيرة ابن هشام ٢/ ٣٣٩ .

(٢) مسلم في الجنائز باب : التكبير أربع (رقم : ٩٥٢) .

(٣) أصبغ : أبو عبد الله أصبغ بن الفرج بن سعيد بن نافع القرشي الأموي مولى عبد العزيز بن مروان رحل إلى المدينة ليسمع من مالك فدخلها يوم مات مالك ، وصحب ابن القاسم وأشهب وابن وهب وغيرهم . روي عنه الذهلي والبخاري وابن وضاح وعليه تفقه ابن حبيب وأبو زيد القرطبي له تآليف منها : تفسير غريب الموطأ وكتاب آداب الصائم وكتاب آداب القضاء توفي بمصر سنة ٢٢٥هـ . انظر : ترتيب المدارك : ٤/ ١٧ ، شجرة النور : ص ٦٦ ، وفيات الأعيان : ١/ ٢٤٠ .

(٤) مواهب الجليل : ١/ ٢٠٨ .

(٥) جاء رجل إلى رسول الله ﷺ من أهل نجد ثائر الرأس يسمع دوي صوته ولا يفقه ما يقول حتى دنا فإذا هو يسأل عن الإسلام فقال رسول الله ﷺ : (خمس صلوات في اليوم والليلة) فقال : هل علي غيرها؟ قال : لا إلا أن تطوع . قال : رسول الله ﷺ : وصيام رمضان . قال : هل علي غيره؟ قال : لا إلا أن تطوع . قال : وذكر له رسول الله ﷺ الزكاة ، قال : هل علي غيرها؟ ، قال : لا إلا أن تطوع ، قال : فأدبر الرجل وهو يقول ، والله لا أزيد على هذا ولا أنقص ، قال : رسول الله : أفلح إن صدق . أخرجه البخاري في كتاب الإيمان باب : الزكاة من الإسلام (رقم : ٤٦) ، ومسلم في الإيمان باب : بيان الصلوات التي هي أحد أركان الإسلام (رقم : ١١) .

ولأن الإقامة من شعائر الدين وفرائض الصلاة فلو كانت هذه الصلاة فرضا لشرعت لها الإقامة والأذان كسائر الفرائض فلما لم تشرع لها الإقامة دل ذلك على انتفاء الفريضة فيها كسائر النوافل[1] .

وأن هذا ركن من أركان الصلاة يفعل منفردا لغير إصلاح صلاة ، فلم يكن واجبا أصل ذلك سجود السهو .

وقد استنبط المتأخرون من المالكية سنية صلاة الجنازة من كلام مالك :

فقد روى عنه ابن حبيب قوله : "كان سليمان بن يسار[2] ومجاهد[3] يقولان شهود الجنازة أفضل من شهود النوافل والجلوس في المسجد"[4] .

وقال سعيد بن المسيب وزيد بن أسلم[5] : "النوافل والجلوس في

---

(١) مواهب الجليل : ٢/ ٢٠٨ .

(٢) سليمان بن يسار : أبو عبد الرحمن وقيل أبو أيوب مولى ميمونة أم المؤمنين رضي الله عنها أعتقته واعتقت إخوته روى عن مولاته وأم سلمة وابن عباس وزيد وثابت وجماعة روى عنه الزهري ونافع وقتادة . قال عنه النسائي : "أحد الأئمة وأحد الفقهاء العشرة ثم السبعة . توفي سنة ١٠٧هـ . انظر : تهذيب التهذيب : ٤/ ٢٢٨ ، وفيات الأعيان : ٢/ ٣٩٩ ، سير أعلام النبلاء : ٤/ ٤٤٤ .

(٣) مجاهد : بن جبر شيخ القراء والمفسرين أبو الحجاج المكي الأسود مولى السائب بن أبي السائب المخزومي ، روي عن ابن عباس فأكثر وعنه أخذ القرآن والتفسير والفقه وعن أبي هريرة وعائشة وسعد بن أبي وقاص وآخرون ، وعنه عكرمة وطاووس وعطاء وسليمان الأعمش وغيرهم مات سنة ١٠٢هـ وقيل غير ذلك . انظر : ميزان الاعتدال : ٣/ ٤٣٩ ، سير أعلام النبلاء : ٥/ ٣٧٧ .

(٤) الذخيرة : ٢/ ٤٥٧ .

(٥) زيد بن أسلم : أبو عبد الله زيد بن أسلم العمري مولاهم فقيه مفسر من أهل =

المسجد أفضل "[1] .

وقال: "لم يخرج سعيد بن المسيب من المسجد إلى جنازة علي بن الحسين[2] ورأى أن ما فعل أفضل "[3] .

وقال ابن حبيب: "وكان مالك يرى ذلك إلا في جنازة الرجل الذي ترجى بركته فإن شهوده أفضل "[4] .

مراعاة الخلاف في هذه المسألة:

فعلى القول بأن صلاة الجنازة فرض كفاية وهو المشهور لا يجوز فعلها بتيمم الفرض ولا النفل تبعا .

أما على القول الثاني فيجزىء فعلها بتيمم الفرض أو النفل تبعا ، مراعاة لمن قال أنها سنة[5] .

= المدينة كان ثقة في الحديث روى عن مولاه عبد الله بن عمر وجابر بن عبد الله وأنس بن مالك وغيرهم وعنه مالك والسفيانان وغيرهم توفي سنة ١٣٦هـ. انظر: تذكرة الحفاظ: ١/ ١٣٢ ، الأعلام: ٣/ ٩٥ .

(١) مواهب الجليل: ١/ ٢٠٩ .

(٢) علي بن الحسين: بن علي بن أبي طالب بن عبد المطلب الإمام زين العابدين الهاشمي العلوي المدني حدث عن أبيه الحسين وعن جده مرسلا وعن أبي هريرة وغيرهم وحدث عنه أولاد والزهري وزيد بن أسلم ويحيى بن سعيد ، توفي سنة ٩٤هـ. انظر: تذكرة الحفاظ: ١/ ٧٤ ، سير أعلام النبلاء: ٥ / ٣٣٢ .

(٣) مواهب الجليل: ١/ ٢٠٩ .

(٤) المرجع السابق.

(٥) شرح الخرشي: ١/ ١٨٧ ، مع حاشية العدوي حاشية الدسوقي: ١/ ١٥١ .

المسألة السادسة عشرة : صلاة الفرائض بتيمم واحد .

لا يصلى عند المالكية صلاتان بتيمم واحد نافلة ولا فريضة لأنه لا يرفع الحدث[1] .

جاء في المدونة : " لا يصلي مكتوبتين بتيمم واحد "[2] .

قال خليل في مختصره : " لا فرض آخر وإن قصدا "[3] أي : لا يصلي الفرض الثاني بتيمم الأول وإن نواهما عند تيممه .

ودليلهم ما روي عن بن عمر رضي الله عنه قال : " يتيمم لكل صلاة وإن لم يحدث "[4] .

وقالوا الحديث وإن كان موقوفا إلا أن له حكم المرفوع لتعلقه بعبادة لا مجال للاجتهاد فيها .

ولأن الطهارة بالصعيد ليست كالطهارة بالماء ، لأنها طهارة ضرورة لاستباحة الصلاة قبل خروج الوقت ، وليست بطهارة كاملة بدليل بطلانها بوجود الماء قبل الصلاة وأن الجنب يعود جنبا بعدها إذا وجد الماء[5] .

ولذلك أمر كل من استباح بها الصلاة أن يطلب الماء للصلاة الأخرى ،

---

(١) المعونة : ١/ ١٤٩ ، التفريع : ١/ ٢٠٣ ، المنتقى : ١/ ١٠٩ ، مواهب الجليل : ١/ ٣٣٨ .

(٢) المدونة : ١/ ٥٢ ، الذخيرة : ١/ ٣٥٨ .

(٣) مختصر الجليل : ص ١٧ .

(٤) رواه البيهقي في سننه : ١/ ٢١١ .

(٥) المنتقى : ١/ ١٠٩ .

فإذا طلب الماء ولم يجده لزمه التيمم لقوله تعالى : ﴿فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيداً طَيِّباً[1] ﴾[2] .

وذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى أن المتيمم يصلي ما شاء بتيمم واحد ما لم يحدث ، لأنه طاهر ما لم يجد الماء ، وليس عليه طلب الماء إذا يئس منه .

والتيمم عندهم طهارة كاملة كالوضوء يرفع الحدث ويفعل به ما يفعل بالوضوء[3] .

مراعاة الخلاف في هذه المسألة :

فراعى المالكية مذهب الحنفية وبنوا عليه جواز الصلاة بتيمم واحد ما اتصل من النوافل ، والنافلة إذا اتصلت بالفريضة[4] .

وفي هذا يقول ابن رشد : "الأصل كان أن لا يصلي صلاتين بتيمم واحد نافلة ولا فريضة ، وأن لا يجوز التيمم للصلاة عند عدم الماء إلا عند القيام لها بظاهر قوله عز وجل ، فأجيز أن يصلي بتيمم واحد ما اتصل من النوافل ، والنافلة إذا اتصلت بالفريضة استحسانا ومراعاة للخلاف ، لكونها باتصالها في حكم الصلاة الواحدة ، فإذا تباعد ما بينهما سقط مراعاة

---

(١) المائدة/ ٦ .

(٢) الاستذكار : ٣/ ١٧٤ .

(٣) فتح القدير : ١/ ٩٥ .

(٤) الشرح الصغير : ١/ ١٨٦-١٨٧ ، الشرح الكبير : ١/ ١٥١ ، حاشية الدسوقي : ١/ ١٥١ .

الخلاف ، ورجعت المسألة إلى حكم الأصل فوجب إعادة التيمم "[1] .

وقيل للإمام مالك رحمه الله : " أرأيت لو أن رجلا تيمم لنافلة ثم خرج من المسجد لحاجة ثم رجع أترى أن يتنفل بتيممه ذلك؟ .

قال : لا ، ولا يقرأ به في المصحف ، قيل له : أرأيت إن تيمم لنافلة فصلى ثم لم يزل في المسجد في حديث ثم أراد أن يقوم يتنفل بذلك التيمم؟

قال : إن تطاول ذلك فليتيمم تيمما آخر ، وإن كان شيئا خفيفا فأرجو أن يجزيه[2] .

والقياس على المذهب المالكي فيمن صلى صلاتين بتيمم واحد أن يعيد الأخيرة أبدا ، ومن قال إنه يعيدها في الوقت وفرق بين المشتركتين في الوقت وغير المشتركتين فليس قوله بقياس ، وإنما هو لمراعاة قول من قال من العلماء إن التيمم يرفع الحدث كما يرفعه الوضوء وأنه لا وضوء عليه وإن وجد الماء ما لم يحدث[3] .

المسألة السابعة عشرة : الاستظهار في الحيض[4] :

المرأة المعتادة التي أيامها معروفة تستظهر بثلاثة أيام على عادتها ما لم تجاوز خمسة عشر يوما ثم تغتسل بعد ذلك وتصلي ، وكذلك تستظهر

---

(١) البيان والتحصيل : ١/ ٢١٣ .

(٢) المرجع السابق : ١/ ٢٠٤ .

(٣) المرجع السابق ١/ ٢٠٤

(٤) الاستظهار : هو طلب الطهارة ، واستظهرت الحائض تحرت وأخذت بالاحتياط . انظر : المصباح المنير : ص٣٨٨ .

المبتدئة على أيام لداتها بثلاثة أيام ما لم تجاوز خمسة عشر يوما ثم تغتسل أيضا وتصلي لأن ما زاد على ذلك دم استحاضة لا يمنع من الصلاة ولا استظهار عند مالك إلا لهاتين المرأتين في هذين الموضعين.

فإن أتاها الدم خمسة أيام ثم تمادى مكثت ثمانية ، فإن تمادى في المرة الثالثة مكثت أحد عشر ، فإن تمادى في الرابعة مكثت أربعة عشر ، فإن تمادى في مرة أخرى فلا تزيد على الخمسة عشر[1] .

واستدل الإمام مالك على مشروعية الاستظهار بما يلي :

حديث عائشة رضي الله عنها أنها قالت : قالت فاطمة بنت أبي حبيش[2] : يا رسول الله إني لا أطهر ، أفأدع الصلاة؟ فقال لها رسول الله ﷺ : «إنما ذلك عرق وليس بالحيضة ، فإذا أقبلت الحيضة فاتركي الصلاة ، فإذا ذهب قدرها فاغسلي عنك الدم وصلي»[3] .

فقالوا : قدرها قد يزيد مرة وينقص أخرى ، فلهذا رأى مالك الاستظهار ثلاثة أيام ليستبين فيها انقضاء دم الحيض من دم الاستحاضة[4] .

وجعل الاستظهار ثلاثة أيام ليتبين فيها انفصال دم الحيض من دم

---

(١) المدونة : ١/ ١٩٠ـ١٩١ ، التفريع : ١/ ٢٠٧ ، مواهب الجليل : ١/ ٣٦٨ ، حاشية الدسوقي : ١/ ١٦٩ .

(٢) فاطمة بنت أبي حبيش : بن عبد المطلب بن أسد بن عبد العزى الأسدية صحابية روى عنها عروة بن الزبير وسمع منها حديثها في الاستحاضة . انظر الإصابة : ٤/ ٣٩٩ ، تهذيب التهذيب : ١٢/ ٤٤٢ .

(٣) أخرجه مالك في الطهارة باب : المستحاضة .

(٤) التمهيد : ١٩/ ٢٢٠ .

الاستحاضة استدلالا بحديث المصراة الذي رواه أبو هريرة عن النبي ﷺ أن رسول الله قال: «لا تصروا الإبل والغنم وإن ابتاع بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها، إن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها وصاعا من تمر»[١].

فقد حد فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثة أيام في انفصال اللبن: لبن التصرية من اللبن الطارئ[٢].

وذهب أبو حنيفة[٣] والشافعية[٤] وابن عبد الحكم من المالكية إلى عدم الاستظهار.

واستدلوا بحديث أم سلمة[٥] أن امرأة كانت تهراق الدم على عهد رسول الله ﷺ، فاستفتت لها أم سلمة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: «لتنظر عدد الليالي والأيام التي كانت تحيض من الشهرقبل أن يصيبها الذي أصابها فلتترك الصلاة قبل ذلك من الشهر فإذا خلفت ذلك فلتغتسل ثم

---

(١) رواه البخاري في البيوع باب: النهي للبائع أن لا يحفل الإبل (رقم: ٢٠٤١)، مسلم في البيوع باب: تحريم بيع الرجل على بيع أخيه (رقم: ١٥١٥).

(٢) الاستذكار: ٣/ ٢٢٤.

(٣) تبين الحقائق للزيلعي: ١/ ٦٢، الدر المختار: ١/ ٢٧٧.

(٤) مغني المحتاج: ١/ ١١٣ ١١٨.

(٥) أم سلمة: هند بنت أبي أمية أم المؤمنين أسدية هاجرت إلى الحبشة مع زوجها أبي سلمة بن عبد الأسد وتوفي هناك فهاجرت للمدينة وتزوجها النبي ﷺ، كانت من الفقيهات الحافظات. لها ثلاثمائة وثمانية وسبعين حديثا توفيت سنة ٥٩هـ وهي آخر أمهات المؤمنين وفاة. انظر الإصابة: ٨/ ١٥٠ ٢٢١، الاستيعاب: ٤/ ١٩٢٠.

لتستثفر بثوب ثم لتصلي»[1] .

قال الماوردي : " فكان أمره بفعل الصلاة بعد أيام العادة مانعا من الاستظهار بشيء بعدها "[2] .

واستدلوا بحديث أم حبيبة وقالوا: قول النبي ﷺ : «فإذا ذهب قدرها»أي : إذا ذهبت وأدبرت وخرج وقتها ولم يكن في تقديرك أنه بقى شيء منها فاغتسلي حينئذ ولا تمكثي وأنت غير حائض دون غسل ودون صلاة .

وقالوا : محال أن يأمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي قد ذهبت حيضتها أن تترك الصلاة ثلاثة أيام لانتظار حيض يجيء أو لا يجيء[3] .

ولقوله تعالى : ﴿حَافِظُوا عَلَى الصَّلَوَاتِ وَالصَّلاةِ الْوُسْطَىٰ وَقُومُوا لِلَّهِ قَانِتِينَ﴾[4] .

فكان أمره بالمحافظة عليها يوجب الاستظهار لفعلها ويمنع من الاستظهار لتركها[5] .

مراعاة الخلاف في هذه المسألة :

لاحظ بعض المالكية هذا الخلاف وراعوه وقالوا : إذا طال بالمرأة الدم

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ في كتاب الطهارة باب : المستحاضة ، وأبو داود في الطهارة باب : في المرأة تستحاض ومن قال تدع الصلاة في عدة الأيام التي كانت تحيض (رقم : ٢٧٤) .

(٢) الحاوي : ١/ ٤٩٠ .

(٣) التمهيد : ١٩/ ٢٢٢ .

(٤) البقرة / ٢٣٨ .

(٥) الحاوي : ١/ ٤٩٠ .

الذي تستنكره لا تستظهر وهي رواية محمد بن المواز[1] في كتابه[2].

قال ابن رشد معلقا على هذا القول: " فلا وجه له من النظر إلا الاحتياط للصلاة مراعاة لقول من لا يرى الاستظهار أصلا "[3].

المسألة الثامنة عشرة : دخول النصارى المسجد النبوي:

يجوز عند الشافعية[4] والحنفية[5] للمشركين والكفار أن يدخلوا المسجد النبوي وسائر المساجد إلا المسجد الحرام لقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلا يَقْرَبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَذَا﴾[6] .

وقالوا: إن هذه الآية خاصة بالمسجد الحرام لا تتعداه إلى غيره من المساجد.

واستدلوا بما جاء في الصحيح من أن رسول الله ﷺ بعث خيلا قبل

---

(١) محمد بن المواز: أبو عبد الله محمد بن إبراهيم الإسكندري المعروف بابن المواز تفقه على أصبغ وهو عمدته وعلى ابن الماجشون وابن عبد الحكم وغيرهم، كان راسخا في الفقه والفتيا له كتاب الموازية مشهور في المذهب أجل كتاب ألف في المذاهب المالكي وأوضحه وأوعبه. توفي سنة ٢٦٩هـ بدمشق. انظر: الديباج: ص ٢٣٢، الفكر السامي: ٢/ ١٠١ ، شجرة النور: ص ٦٨ .

(٢) البيان والتحصيل: ١/ ١٤٩ .

(٣) المرجع السابق.

(٤) مغني المحتاج: ١/ ٧١ ، أحكام القرآن لابن العربي: ٢/ ٩١٣ ، تفسير القرطبي: ٨/ ١٠٤ .

(٥) أحكام القرآن للجصاص: ٤/ ٢٧٩ ، أحكام القرآن لابن العربي: ٢/ ٩١٣ ، تفسير القرطبي: ١٠٣-١٠٤ .

(٦) التوبة / ٢٨ .

نجـد[1] فـأسـروا ثمـامـة بـن أثال[2] فـربطه النبي ﷺ بسـارية من سـواري المسجد[3] .

وقـد دخل أبو سفيان[4] مسجد رسول الله ﷺ وهو مشرك عند إقبـاله لتجديد العـهـد قبل فـتح مكة حين خـشي نقض الصلح بما أحـدثه بنو بكر

(١) نجد: هو اسم للأرض العريضة التي أعلاها تهامة واليمن وأسفلها العراق والشام. معجم البلدان: ٥/ ٢٦٢ .

(٢) ثمامة بن أثال: الحنفي سيد أهل اليمامة، أسره المسلمون وربطوه بسارية من سواري المسجد، ثم أطلق صراحه فاغتسل وأسلم وثبت على دينه وارتد أهل اليمامة عن الإسلام غير ثمامة بن أثال ومن تبعه من قومه فكان مقيما باليمامة ينهاهم عن اتباع ميسلمة وتصديقه. انظر: الاستيعاب: ١/ ٢٨٧ ، الإصابة: ١/ ٢٠٤ .

(٣) قال أبو هريرة: بعث النبي صلى الله عليه وسلم خيلا قبل نجد فجأت برجل من بني حنيفة يقال له ثمامة، فربطوه بسارية من سواري المسجد فخرج إليه النبي ﷺ فقال: ما عندك يا ثمامة فقال: عندي خير يا محمد إن تقتلني تقتل ذا دم وإن تنعم تنعم على شاكر، وإن كنت تريد المال فسل ما شئت، فترك حتى كان الغد ثم قال له: ما عندك يا ثمامة؟ قال: ما قلت لك إن تنعم تنعم على شاكر، فتركه حتى كان من الغد، فقال: ما عندك يا ثمامة؟ فقال: عندي ما قلت لك، فقال أطلقوا ثمامة، فانطلق إلى نخل قريب من المسجد فاغتسل ثم دخل المسجد، فقال: أشهد أن لا اله إلا الله وأن محمدا رسول الله ﷺ. أخرجه البخاري في المغازي باب: وفد بني حنيفة وحديث ثمامة بن أثال (رقم: ٤١١٠-٤١١١).

(٤) أبو سفيان: صخر بن حرب بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف، أبو سفيان القرشي الأموي أسلم يوم فتح مكة، وشهد حنينا وشهد الطائف ورمي بسهم فقئت عينه واستعمله النبي ﷺ على نجران فمات النبي ﷺ وهو وال عليها ورجع إلى مكة فسكنها برهة ثم رجع إلى المدينة فمات بها سنة ٣٠هـ وقيل غير ذلك. الاستيعاب: ٢/ ٢٧٠ ، تهذيب التهذيب: ٤/ ٤١١ .

على خزاعة [1] .

وقال المالكية يمنع المشركون والكفار من دخول المسجد الحرام وسائر المساجد ، لنجاسة الكفار والمشركين وحرمة المساجد[2] .

لقوله تعالى : ﴿إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ﴾ فالآية عامة في سائر المشركين وسائر المساجد ، وقد وصفهم الله بالنجاسة فالعلة موجودة فيهم والحرمة موجودة في المسجد .

وقال تعالى : ﴿فِي بُيُوتٍ أَذِنَ اللَّهُ أَن تُرْفَعَ وَيُذْكَرَ فِيهَا اسْمُهُ﴾[3] دخول الكفار فيها مناقض لترفيعها .

وقال النبي ﷺ : «لا أحل المسجد لحائض ولا لجنب»[4] .

ومنع الكافر من باب أولى .

وردوا على حديث ثمامة بن أثال بما يلي :

- ثمامة وكذلك دخول أبي سفيان المسجد كان قبل نزول الآية .

- أو لأن النبي ﷺ قد علم بإسلام ثمامة فلذلك ربطه ، ثم إن ربط

---

(١) انظر سيرة ابن هشام : ٢/ ٣٩٦ ، أحكام القرآن للقرطبي : ٨/ ١٠٥ .

(٢) المدونة : ١/ ٣٧ ، أحكام القرآن لابن العربي : ٢/ ٩١٣ ، مواهب الجليل : ١/ ٣١٧، حاشية الدسوقي : ١/ ١٣٩ ، الشرح الكبير : ١/ ١٣٩ .

(٣) النور / ٣٦ .

(٤) أخرجه أبو داود في الطهارة باب : في الجنب يدخل المسجد (رقم : ٢٣٢) .

ثمامة قضية في عين فلا ينبغي أن تدفع بها الأدلة التي ذكرت لكونها مقيدة حكم القاعدة الكلية[1] .

قال القرطبي : "إنما ربطه في المسجد لينظر حسن صلاة المسلمين واجتماعهم عليها وحسن آدابهم في جلوسهم في المسجد فيستأنس بذلك ويسلم وكذلك كان "[2] .

ويمكن أن يقال : "إنهم لم يكن لهم موضع يربطونه فيه إلا في المسجد ، والله أعلم "[3] .

مراعاة الخلاف في هذه المسألة :

ومع هذا فقد راعى الإمام مالك رحمه الله مذهب الحنفية والشافعية حين قيل له : هؤلاء النصارى الذين يبنون في مسجد رسول الله ﷺ لو أنهم أمروا ألا يدخلوا المسجد إلا من الباب الذي يلي موضع عملهم ولا يخترقون المسجد ولا يدخلون فيه من لا عمل لهم فيه .

فقال له مالك : "نعما قلت ، ولو أنهم حيزوا من عمله إلى موضع واحد ثم دخلوا مما يليه "[4] .

---

(١) تفسير القرطبي : ٨/ ١٠٥ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) المرجع السابق .

(٤) البيان والتحصيل : ١/ ٤٠٩ .

قال ابن رشد: "لم ينكر مالك رحمه الله بنيان النصارى في مسجد رسول الله ﷺ ، واستحب أن يحازوا إلى موضع منه وأن يدخلوا مما يليه ولا يخترقوا، ولا يدخلون من لا عمل لهم فيه ، وإنما خفف ذلك ووسع فيه وإن كان مذهبه أن يمنعوا من دخول المساجد لقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ﴾ مراعاة لاختلاف أهل العلم في ذلك، إذ منهم من أباح أن يدخلوا جميع المسجد الحرام "[1] .

---

(١) المرجع السابق ، وانظر: التاج والإكليل: ١/ ٣١٧ .

المبحث الثاني

أثر مراعاة الخلاف في أحكام الصلاة

المسألة الأولى : تشفيع الإقامة :

عند المالكية الأذان مثنى والإقامة مفردة[١] ولو شفع الإقامة لم تجزه على المشهور[٢] .

لحديث أبي محذورة[٣] رضي الله عنه قال : «علمني رسول الله ﷺ ، الأذان الله أكبر ، الله أكبر ، أشهد أن لا إله إلا الله ، أشهد أن لا إله إلا الله ، أشهد أن محمدا رسول الله ، أشهد أن محمدا رسول الله ، ثم رجع بأرفع من صوتك فتقول : أشهد أن لا إله إلا الله أشهد أن لا إله إلا الله أشهد أن محمدا رسول الله ، أشهد أن محمدا رسول الله ، حي على الصلاة حي على الصلاة ، حي على الفلاح حي على الفلاح ، الله أكبر الله أكبر ، لا إله إلا الله»[٤] .

---

(١) انظر : المدونة : ١/ ٦٢ ، التفريع : ١/ ٢٢٢ ، المعونة ١/ ٢٠٢ ، المنتقى : ١/ ١٣٥ ، مواهب الجليل : ١/ ٤٦١ .

(٢) مواهب الجليل : ١/ ٤٦١ .

(٣) أبو محذورة : أوس بن مغيرة بن لوذان بن ربيعة بن سعد ، وقيل : اسمه سمير بن عمير مؤذن المسجد الحرام ، وصاحب رسول صلى الله عليه وسلم ، حدث عنه ابنه عبد الملك وزوجته وابن أبى مليكة وآخرون توفي سنة ٥٩هـ. انظر : طبقات ابن سعد : ٥/ ٤٥٠ .

(٤) أخرجه مسلم في الصلاة : باب : صفة الأذان (رقم : ٣٧٩) .

أما إيتار الإقامة فلعموم حديث عمار بن سعد[1] قال: «أمر بلال أن يشفع الأذان ويوتر الإقامة»[2].

وعن ابن عمر قال: «كان الأذان على عهد رسول الله ﷺ مرتين مرتين والإقامة مرة مرة»[3].

كما استدل المالكية بعمل أهل المدينة، فالأحاديث الصحيحة مختلفة في ذلك وتترجح رواية المالكية بعمل أهل المدينة فإنها موضع إقامته عليه السلام حال استقلال أمره، وكمال شرعه إلى حين انتقاله لرضوان ربه، والخلفاء بعده كذلك يسمعه الخاص والعام بالليل والنهار برواية الخلف عن السلف رواية متواترة مخرجة له من حيز الظن والتخمين إلى حيز اليقين.

وأما الروايات الأخرى فلا تفيد إلا الظن وهو لا يعارض القطع ولذلك رجع أبو يوسف عن مذهب أبي حنيفة رضي الله عنهم جميعا[4].

سئل مالك عن تثنية الأذان والإقامة، ومتى يجب القيام على الناس

---

(١) عمار بن سعد: القرظي بن عابدين المؤذن المعروف أبوه سعد القرظي، وذكره ابن حبان في الثقات، وذكره ابن منده في الصحابة، وقال له رؤية، وأنكر ذلك أبو نعيم. انظر: تهذيب التهذيب: ٧/ ٤١.

(٢) أخرجه البخاري في الأذان، باب بدء الأذان (رقم: ٥٧٨)، ومسلم في الصلاة باب: الأمر بشفع الآذان وإيتار الإقامة (رقم: ٣٧٨).

(٣) أخرجه أبو داود في الصلاة باب: في الإقامة (رقم: ٥٠٩)، والنسائي في الأذان باب: كيف الإقامة (رقم: ٦٦٨) وقال ابن الجوزي: وهذا إسناد صحيح (تلخيص الحبير: ١/ ١٩٦).

(٤) المنتقى: ١/ ١٣٤، الذخيرة: ١/ ٤٤.

حين تقام الصلاة؟

فقال: "لم يبلغني في النداء والإقامة إلا ما أدركت الناس عليه ، فأما الإقامة فإنها لا تثنى، وذلك الذي لم يزل عليه أهل العلم ببلدنا ، وأما قيام الناس حين تقام الصلاة فإني لم أسمع في ذلك بحد يقام له إلا أني أرى ذلك على قدر طاقة الناس فإن منهم الثقيل والخفيف ، ولا يستطيعون أن يكونوا كرجل واحد "[1] .

وذهب الحنفية إلى أن الإقامة مثنى مثنى[2] ، واستدلوا بحديث عبد الله بن زيد قال : « يا رسول الله رأيت في المنام كأن رجلا قام وعليه بردان أخضران على جذم حائط[3] فأذن مثنى مثنى وأقام مثنى مثنى وقعد قعدة بينهما، قال: فسمع بذلك بلال فقام فأذن مثنى وقعد قعدة وأقام مثنى»[4] .

مراعاة الخلاف في هذه المسألة:

راعى المالكية مذهب الحنفية وقالوا لو شفع الإقامة لأجزأه[5] .

قال المازري: "قال بعض أصحابنا: لو شفع الإقامة غلطا لأجزأه مراعاة للخلاف "[6] .

---

(١) انظر: الموطأ كتاب الصلاة باب: ما جاء في النداء للصلاة.

(٢) حاشية ابن عابدين: ١/ ٤٠٣ .

(٣) جذم حائط: بقية حائط أو قطعة منه. انظر النهاية في غريب الحديث: ١/ ٢٥٢ .

(٤) أخرجه أبو داود في الصلاة باب: كيف الأذان، (رقم: ٤٩٩) ، وأحمد في المسند: ٥/ ٢٤٦ ، والبيهقي في السنن: ٢/ ٢٩٦ .

(٥) مواهب الجليل: ١/ ٤٢٤ .

(٦) المرجع السابق.

وقال الدسوقي: "إن رأى المقيم شفعها مذهبا فإنه لا يضر"[1].

المسألة الثانية: وقت صلاة المغرب:

وقت المغرب عند المالكية غير ممتد، بل مقيد بما يسع صلاة المغرب بعد استيفاء شروطها وهذا هو المشهور[2].

قال ابن عبد البر: "الظاهر من قول مالك أن وقتها وقت واحد عند مغيب الشمس وبهذا تواترت الروايات عنه"[3].

وقال صاحب الطراز: "إنه ظاهر المدونة ورواه البغداديون[4] عن مالك"[5].

وهو الذي اختاره خليل في مختصره فقال: "وللمغرب غروب الشمس تقدر بفعلها بعد شروطها"[6].

والدليل على ذلك حديث إمامة جبريل عليه السلام للنبي ﷺ فقد روى ابن عباس أن النبي ﷺ قال: « أمني جبريل عند باب الكعبة مرتين . . . إلى

---

(١) حاشية الدسوقي: ١/ ٢٠٠.

(٢) المدونة: ١/ ٦٠، المعونة: ١/١٩٨، شرح التلقين للمازري: ١/ ٣٩٤، مواهب الجليل: ١/ ٣٩٢، حاشية الدسوقي: ١/ ١٧٧.

(٣) الاستذكار: ١/ ٢٠٣.

(٤) "البغداديون" في المذهب المالكي هم القضاة: إسماعيل بن إسحاق، وابن القصار، وعبد الوهاب، وأبو الفرج، وابن الجلاب ونظراؤهم، انظر: كتاب (التعريف بالرجال المذكورين في جامع الأمهات) لابن عبد السلام الأموي.

(٥) مواهب الجليل: ١/ ٣٩٣.

(٦) مختصر خليل: ص ٢٥.

أن قال : ثم صلى المغرب حيث أفطر الصائم ... ثم صلى المغرب للقدر الأول ولم يؤخرها ثم التفت فقال : يا محمد هذا وقت الأنبياء من قبلك ، والوقت فيما بين هذين الوقتين»[١] .

وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : «هذا جبريل جاءكم يعلمكم دينكم ، فصلى له المغرب حين غروب الشمس وحل فطر الصائم ، ثم صلى العشاء حين ذهب شفق النهار ، ثم صلى له من الغد ، فصلى له المغرب لوقت واحد حين غروب الشمس وحل فطر الصائم ، ثم قال : الصلاة ما بين صلاتك أمس وصلاتك اليوم»[٢] .

وعن أنس بن مالك قال : «كنا نصلي المغرب مع النبي صلى الله عليه وسلم ثم نرمي فيرى أحدنا مواقع نبله»[٣] .

قال ابن عبد البر : بعد أن ذكر حديث إمامة جبريل عليه السلام : "وقد روي في مثل ذلك عن النبي ﷺ من حديث أبي هريرة وجابر وعبد الله بن عمرو وكلهم صحبه بالمدينة ، وحكي عنه صلاته بها وأنه لم يصل المغرب في وقتين لكن في وقت واحد وسائر الصلوات في وقتين على أن مثل هذا يؤخذ عملا لأنه لا يغفل عنه ولا يجوز جهله ولا نسيانه، وفي هذا كله دليل

---

(١) أخرجه أبو داود في الصلاة باب : في المواقيت (رقم : ٣٩٣) ، والترمذي في الصلاة باب : ما جاء في مواقيت الصلاة (رقم : ١٤٩) ، والإمام أحمد في مسنده : ١/ ٣٢٣ .

(٢) أخرجه النسائي في المواقيت باب : آخر وقت الظهر (رقم : ٥٠٢) .

(٣) أخرجه أبو داود في الصلاة باب : وقت المغرب (رقم : ٤١٦) .

على أن النبي ﷺ لم يزل يصليها وقتا واحدا إلى أن مات عليه السلام ولو وسع لهم لتوسعوا ، لأن شأن العلماء الأخذ بالتوسعة "[1] .

وذهب الحنفية إلى أن وقت المغرب ممتد إلى غروب الشفق الأحمر[2] .

ودليلهم : ما روي أن النبي ﷺ حين سئل عن أوقات الصلاة أمر بلالا فأقام الفجر حين انشق الفجر والناس لا يعرف بعضهم بعضا ، ثم أمره فأقام الظهر حين زالت الشمس ، ثم أمره فأقام العصر والشمس مرتفعة ، ثم أمره فأقام المغرب حين وقعت الشمس ثم أمره فأقام العشاء حين غاب الشفق ، ثم أخر الفجر من الغد حتى انصرف منها والقائل يقول طلعت الشمس أو كادت ، ثم أخر الظهر حتى كان قريبا من العصر ، ثم أخر العصر حتى خرج منها والقائل يقول احمرت الشمس ، ثم أخر المغرب حتى كان سقوط الشفق ، ثم أخر العشاء حتى كان ثلث الليل ، ثم أصبح فدعا السائل فقال له : «الوقت بين هذين»[3] .

واحتجوا بحديث عبد الله بن عمرو وفيه : «وقت المغرب ما لم يغب الشفق»[4] ، وروي أن رسول الله ﷺ لما صلى العصر قال : «لا صلاة بعدها

---

(١) انظر : التمهيد : ٨/ ٨٤ ، الاستذكار : ١/ ٢٠٠ وما بعدها .

(٢) بدائع الصنائع : ١/ ٢٥٣ ، فتح القدير ١/ ١٥٤ .

(٣) أخرجه مسلم في المساجد ومواضع الصلاة باب أوقات الصلوات الخمس (رقم : ٦١٤) .

(٤) أخرجه مسلم في المساجد ومواضع الصلاة باب : أوقات الصلوات الخمس=

حتى يطلع الشاهد[1]»[2] .

وقول النبي ﷺ : «إذا وضع العشاء وأقيمت الصلاة فابتدئوا بالعشاء»[3]، والمراد بالعشاء هنا صلاة المغرب لأنها وقت الإفطار ولضيق وقتها[4] .

وهذا يدل على سعة وقت المغرب .

مراعاة الخلاف في هذه المسألة :

راعى الإمام مالك رحمه الله مذهب الحنفية وأدلتهم في امتداد وقت المغرب، وهذا ما فسر به المالكية قول الإمام مالك في الموطأ : "الشفق الحمرة التي في المغرب، فإذا ذهبت الحمرة فقد وجبت صلاة العشاء وخرجت عن وقت المغرب "[5] .

قال الحطاب : "إنما أجاز تأخيرها للشفق مراعاة للخلاف ، لقوة القول

= (رقم : ٦١٢) ، وأبو داود في الصلاة باب : في المواقيت (رقم : ٣٩٦) ، والنسائي في الصلاة باب آخر وقت المغرب (رقم : ٥٢٢) .

(١) الشاهد : أول نجم يظهر بعد الغروب ، سماه الشاهد لأنه يشهد بالليل أي : يحضر ويظهر ، النهاية في غريب الحديث والأثر : ٢/ ٥١٤ .

(٢) أخرجه مسلم في الصلاة باب : الأوقات التي نهي عن الصلاة فيها (رقم : ٨٣٠) .

(٣) أخرجه البخاري في الجماعة والإمامة باب : إذا أحضر الطعام وأقيمت الصلاة (رقم : ٦٤٠) ، ومسلم في المساجد ومواضع الصلاة باب : كراهة الصلاة بحضرة الطعام (رقم : ٥٥٧) .

(٤) الاستذكار : ١/ ٢٠٣ .

(٥) انظر : الموطأ : كتاب وقوت الصلاة باب : جامع الوقوت .

بالامتداد "[1] .

وسئل الإمام مالك عن الجمع بين المغرب والعشاء إذا جمعتا في المطر أية ساعة يجمعان؟ قال : "يؤخر المغرب قليلا "[2] .

قال ابن رشد تعليقا على هذا القول : "فإنه يأتي على مراعاة قول من يرى أن المغرب وقتها في الاختيار إلى مغيب الشفق ، وهو ظاهر قول مالك في الموطأ ، فرأى أن يكون الجمع في وسط وقت المغرب المختار ليدرك من فضيلة وقت المغرب بعضها ، وتكون العشاء قد عجلت عن وقتها المختار ، وللرفق بالناس كي ينصرفوا وعليهم إسفار قبل تمكن الظلام "[3] .

المسألة الثالثة : مخالفة اللفظ للمنوي.

العبرة في النية عند المالكية ما انعقد في القلب لا اللفظ[4] ، لأن النية محلها القلب ، فإذا نوى شيئا في قلبه وتلفظ بآخر سهوا ، كمن نوى الظهر وتلفظ بالعصر أو العكس ، هل تبطل صلاته قولان :

القول الأول : أن العبرة بما انعقد في القلب ولا يؤثر ما تلفظ به ولو كان معاكسا للمنوي في القلب ، وهو المشهور في المذهب[5] ، وصلاته صحيحة .

---

(١) مواهب الجليل : ١/ ٣٩٣ .

(٢) البيان والتحصيل .

(٣) المرجع السابق .

(٤) المعونة : ١/ ٢١٤ ، مواهب الجليل : ١/ ٥١٥ ، شرح الخرشي : ٤/ ٤٢١ ، حاشية الدسوقي : ١/ ٢٣٤ .

(٥) مواهب الجليل : ١/ ٥١٥ ، شرح الخرشي : ٤/ ٢٢١ .

قال ابن القاسم فيمن أراد أن يهل بالحج مفردا فأخطأ فقرن فتكلم بالعمرة ، قال : "ليس ذلك بشيء ، إنما ذلك إلى نيته وهو على حجه "[1] .

قال الإمام مالك : "أما ما كان لله فهو إلى نيته "[2] .

لقوله ﷺ : «إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى»[3] .

قال ابن رشد : " فلا يلزم الرجل فيما بينه وبين ربه ما تكلم به لسانه إذا لم يعتقده بقلبه ولم يتعلق به حق لغيره "[4] .

القول الثاني : مخالفة النية لما تلفظ به سهوا تبطل الصلاة لتلازمهما ، ولأن اللفظ مؤكد لنية القلب ، وبالتالي فإن صلاته تبطل وتجب عليه الإعادة[5] .

مراعاة الخلاف في هذه المسألة :

راعى أصحاب القول الأول هذا الرأي وقالوا يستحب له الإعادة في الوقت مطلقا سواء تذكر قبل الفراغ منها أو بعدها .

قال الدسوقي : " وإنما استحب له الإعادة في الوقت مراعاة لمن يقول إنه يعيد أبدا لبطلان الصلاة إذا خالف لفظه نيته نسيانا "[6] .

---

(١) المدونة : ١/ ٣١٤ .

(٢) ديوان الأحكام الكبرى لابن سهل : ٢/ ٨٥ .

(٣) أخرجه البخاري في بدء الوحي ، باب كيف كان بدء الوحي (رقم : ١) ، ومسلم في الإمارة باب : إنما الأعمال بالنيات (رقم : ١٩٠٧) .

(٤) مواهب الجليل : ١/ ٥١٦ .

(٥) مواهب الجليل : ١/ ٥١٥ ، حاشية الدسوقي : ١/ ٢٣٤ .

(٦) حاشية الدسوقي : ١/ ٢٣٤ .

المسألة الرابعة : البسملة في صلاة الفريضة.

تكره عند المالكية البسملة في صلاة الفريضة ، قال الإمام مالك : " لا يبسمل في الفريضة لا سرا ولا جهرا إماما أو غيره ، وأما في النافلة فواسع إن شاء قرأ وإن شاء ترك "[1] .

لأن البسملة عند المالكية ليست آية من الفاتحة ولا من القرآن ، ودليلهم حديث أنس بن مالك رضي الله عنه قال : « قمت وراء أبي بكر وعمر وعثمان فكلهم لا يقرأ بسم الله الرحمن الرحيم إذا افتتح الصلاة»[2] .

وفي رواية مسلم : «لا يذكرون بسم الله الرحمن الرحيم لا في أول القراءة ولا في آخرها»[3] .

وحديث أبي هريرة رضي الله عنه : " سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : «قال الله عز وجل : قسمت الصلاة بيني وبين عبدي نصفين ولعبدي ما سأل ، فإذا قال عبدي : الحمد لله رب العالمين قال الله تعالى : حمدني عبدي "[4] .

فقوله تعالى : قسمت الصلاة يريد الفاتحة ، سماها صلاة لأن الصلاة لا

---

(١) المدونة : ١/ ١٦٢ .

(٢) أخرجه مالك في الموطأ في الصلاة باب : العمل في القراءة .

(٣) أخرجه مسلم في الصلاة باب : حجة من قال لا يجهر بالبسملة (رقم : ٣٩٩) .

(٤) أخرجه مالك في الصلاة باب : العمل في القراءة ، ومسلم في الصلاة باب : وجوب قراءة الفاتحة في كل ركعة (رقم : ٣٩٥)، وأبو داود في الصلاة باب : من ترك القراءة في صلاته بفاتحة الكتاب (رقم : ٨٢١) .

تصح إلا بها ، فلو كانت البسملة آية من الفاتحة لذكرت في الحديث .

قال ابن عبد البر : "وهو أقطع حديث وأثبته في ترك قراءة بسم الله الرحمن الرحيم في أول فاتحة الكتاب ، لأن غيره من الأحاديث قد تأولوا فيها فأكثروا التشغب والتنازع "[1] .

وروي أن عبد الله بن مغفل[2] سمع ابنه يقرأ : بسم الله الرحمن الرحيم، فقال : "أي بُنَيَّ إياك والحدث ، قد صليت مع النبي صلى الله عليه وسلم ومع أبي بكر ومع عمر ومع عثمان فلم أسمع أحدا منهم يقولها فلا تقلها . إذا أنت صليت فقل : ﴿الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ﴾[3] .

وكذلك لم ينقل عن أهل المدينة قراءة (بسم الله الرحمن الرحيم) في الصلاة المكتوبة .

قال ابن العربي : "إن مذهبنا يترجح في ذلك بوجه عظيم وهو المعقول وذلك أن مسجد النبي ﷺ بالمدينة انقضت عليه العصور ومرت عليه الأزمنة

---

(١) الاستذكار : ٤/ ١٦٧ .

(٢) عبد الله بن مغفل : صحابي من أصحاب الشجرة سكن المدينة ثم تحول عنها إلى البصرة ، روى عنه جماعة من التابعين بالكوفة والبصرة ، أروى الناس عنه الحسن قال عنه الحسن : كان أحد العشرة الذين بعثهم إلينا عمر يفقهون الناس ، وكان من نقباء أصحابه وكان له سبعة أولاد توفي سنة ٨٨هـ وابنه هذا هو يزيد بن عبد الله . انظر : الاستيعاب ٣/ ١٦٨٥ ، الإصابة : ٣/ ١٤٢ .

(٣) أخرجه الترمذي في الصلاة باب : ما جاء في ترك الجهر ببسم الله الرحمن الرحيم (رقم : ٢٤٤) ، وأحمد في مسنده ٤ : ٥/ ٨٥ .

والدهور من لدن رسول الله ﷺ إلى زمان مالك رحمه الله ولم يقرأ أحد فيه قط (بسم الله الرحمن الرحيم) اتباعا للسنة ، وكتابتها في أوائل السور إنما هو للتبرك "[1] .

وقالوا لو كانت البسملة آية من القرآن لتواترت ولما اختلف فيها[2] .

وقال الشافعية : البسملة آية من القرآن ومن كل سورة تجب قراءتها في الصلاة[3] .

ودليلهم حديث أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : «إذا قرأتم ﴿الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ﴾ فاقرءوا : ﴿بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ﴾ إنها أم القرآن ، وأم الكتاب ، والسبع المثاني ، و﴿بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ﴾ إحدى آياتها»[4] .

وعن أنس بن مالك رضي الله عنه قال : بينما رسول الله ﷺ بين أظهرنا إذ أغفى إغفاءة ثم رفع رأسه مبتسما ، فقلنا ما أضحكك يا رسول الله ؟ قال : «نزلت علي آنفا سورة فقرأ ﴿بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ ، إِنَّا أَعْطَيْنَاكَ الْكَوْثَرَ (١) فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَانْحَرْ (٢) إِنَّ شَانِئَكَ هُوَ الأَبْتَرُ﴾[5] .

وهذا يدل على أن البسملة آية من كل سورة .

---

(١) أحكام القرآن لابن العربي : ١/ ٢٠٠ .

(٢) انظر : أحكام القرآن لابن العربي : ١/ ٢٠ ، تفسير القرطبي ١/ ٩٣ .

(٣) الحاوي : ٢/ ١٣٥ ، المجموع : ٣/ ٢٨٨ .

(٤) أخرجه الدارقطني في سننه : ١/ ٣١٢ .

(٥) أخرجه مسلم في الصلاة باب : حجة من قال البسملة آية من كل سورة : ٤٠٠ .

وقالوا أكبر دليل على أنها آية من القرآن كتابتها في المصحف ، فقد كتبت في المصحف الإمام في أول الفاتحة وفي أول كل سورة من سور القرآن ما عدا سورة براءة ، وكتبت كذلك في مصحف الأمصار المنقول عنه ، وتواتر ذلك مع العلم بأنهم كانوا لا يكتبون في المصحف ما ليس من القرآن وكانوا يتشددون في ذلك حفظا للقرآن من التغيير ، فلما وجدت البسملة في سورة الفاتحة وأوائل السور دل على أنها آية من كل سورة[(١)] .

مراعاة الخلاف في هذه المسألة :

مراعى المالكية أدلة الشافعية ، وقالوا : يستحب قراءة البسملة في النافلة .

قال ابن العربي : "بيد أن أصحابنا استحبوا قراءتها في النفل وعليه تحمل الآثار الواردة في قراءتها "[(٢)] .

وكذلك يستحب قراءتها في الفريضة إذا قصد بقراءتها الخروج من الخلاف ، فقد جاء في الفواكه الدواني : "ومحل كراهة البسملة في الفريضة إذا أتي بها على وجه أنها فرض من غير تقليد لمن يقول بوجوبها ، وأما إذا أتى بها مقلدا له أو بقصد الخروج من الخلاف من غير تعرض لفريضة ولا نفلية فلا كراهة بل واجبة إذا قلد القائل بالوجوب ومستحبة في غيره "[(٣)] .

---

(١) المجموع للنووي : ٣/ ٢٩١ .

(٢) أحكام القرآن لابن العربي : ١/ ٢٠ .

(٣) الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني للنفراوي : ١/ ٢٠٥ .

المسألة الخامسة : السجود على الجبهة والأنف :

اتفق الفقهاء على وجوب السجود على الوجه ، لكنهم اختلفوا هل الواجب السجود على الجبهة والأنف معا أم الاقتصار على بعض ما يطلق عليه اسم الوجه، الجبهة أو الأنف.

فقال المالكية يجب السجود على الجبهة ، ويندب على الأنف ، فإن سجد على أنفه دون جبهته بطلت صلاته ، أما إذا سجد على جبهته دون أنفه أجزأه، ويستحب له الإعادة في الوقت[1] .

قال الإمام مالك في المدونة : " والسجود على الجبهة والأنف جميعا، قال ابن القاسم : " فإن سجد على الأنف دون الجبهة أعاد أبدا وإن سجد على الجبهة دون الأنف أجزأه "[2] .

واستدلوا بحديث ابن عباس رضي الله عنه «أمر النبيّ صلى الله عليه وسلم أن يسجد على سبعة أعضاء؛ ولا يكف شعراً ولا ثوباً ، الجبهة واليدين والركبتين والرجلين»[3] .

وروي في صفة صلاة النبي ﷺ : «حتى يضع جبهته على الأرض»[4] .

---

(١) المدونة: ١/ ٧٣ ، المقدمات: ١/ ١٥٨ ، المعونة: ١/ ٢٢٣ ، مواهب الجليل: ١/ ٥١٦ .

(٢) المدونة: ١/ ٧٣ .

(٣) أخرجه البخاري في صفة الصلاة باب: السجود على سبعة أعظم (رقم: ٧٧٦-٧٧٧)، ومسلم في الصلاة باب: أعضاء السجود (رقم: ٤٩٠).

(٤) أخرجه البخاري في صفة الصلاة باب: السجود على سبعة أعظم (رقم: ٧٧٦-٧٧٧).

وقال الشافعية[1] وابن حبيب من المالكية يجب السجود عليهما جميعا[2].

وأدلتهم: ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «كان إذا سجد أمكن أنفه وجبهته من الأرض ونحى يديه عن جنبيه، ووضع كفه حذو منكبيه»[3].

وعن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «لا صلاة لمن لا يصيب أنفه من الأرض ما يصيب الجبين»[4].

وما رواه أبو سعيد الخدري رضي الله عنه في حديث ليلة القدر وفيه: «فجاءت قزعة فأمطرنا فصلى بنا النبي ﷺ حتى رأيت أثر الطين والماء على جبهة رسول الله ﷺ وأرنبته»[5].

مراعاة الخلاف في هذه المسألة:

فالسجود على الأنف مستحب على الراجح عند المالكية، فمن تركه أعاد في الوقت، ووجه الإعادة مراعاة لمن يقول بوجوبه للاحتياط والورع[6].

---

(١) الحاوي: ٢/ ١٦٤، المجموع ٣/ ٣٩٧.

(٢) مواهب الجليل: ١/ ٥٢١.

(٣) أخرجه الترمذي في الصلاة باب: ما جاء في السجود على الجبهة والأنف (رقم: ٢٧٠).

(٤) أخرجه الدارقطني في سننه: ١/ ٣٤٨.

(٥) أخرجه البخاري في صفة الصلاة باب: السجود على الأنف والسجود على الطين (رقم: ٧٨٠)، ومسلم في الصيام باب: فضل ليلة القدر (رقم: ١١٦٧).

(٦) مواهب الجليل: ٥٢١، أسهل المدارك للكشناوي: ١/ ٢٠٠.

المسألة السادسة : من أحدث قبل السلام.

السلام ركن من أركان الصلاة لا تنقضي الصلاة إلا به ، لقوله عليه الصلاة والسلام : «**تحريم الصلاة التكبير وتحليلها التسليم**»[1] .

فلا يخرج المصلي عند المالكية من الصلاة إلا به ولا ينوب عنه فعل أو قول آخر ، فإذا قام من الصلاة دون سلام بطلت صلاته على المشهور[2] .

وكذلك إذا أحدث قبل السلام ، لأن الأصل في المذهب المالكي أن الإمام إذا أحدث فتمادى بالقوم متعمدا أو جاهلا أو مستحييا فقد أفسد عليهم الصلاة ، ووجبت عليهم إعادتها في الوقت وبعده[3] .

وقال الحنفية[4] لا يتعين السلام للخروج من الصلاة بل إذا خرج بما ينافي الصلاة من عمل أو حدث أو غير ذلك جاز ، إلا أن السلام مسنون وليس بواجب ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يعلمه المسيء في صلاته ، ولو وجب لأمره به ، لأنه لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة .

واستدلوا أيضا بحديث عبد الله بن عمرو بن العاص قال : قال

---

(١) أخرجه أبو داود في الصلاة باب : الإمام يحدث بعدما يرفع رأسه (رقم : ٦١٧) ، وابن ماجه في الطهارة باب : مفتاح الصلاة الطهور (رقم : ٢٧٥) ، والترمذي في الطهارة باب : مفتاح الصلاة الطهور (رقم : ٣) وقال : هذا الحديث أصح شيء في هذا الباب وأحسن .

(٢) المعونة : ١/ ٢٢٤ ، شرح التلقين : ٢/ ٥٣١ ، مواهب الجليل : ٢/ ٩٧ .

(٣) مواهب الجليل : ٢/ ٩٧ .

(٤) حاشية ابن عابدين : ١/ ٤١٨ ، الهداية : ١/ ١٨ .

رسول الله ﷺ : «إذا أحدث -يعني الرجل- وقد جلس في آخر صلاته قبل أن يسلم فقد جازت صلاته» [1] .

مراعاة الخلاف في هذه المسألة :

راعى ابن القاسم مذهب الحنفية لما سئل عن إمام أحدث بعد التشهد فتمادى حتى سلم بالقوم متعمدا ، فقال : "أرى أن تجزئ من خلفه صلاتهم" [2] .

قال ابن رشد : "وإنما قال ابن القاسم في الإمام إذا أحدث بعد التشهد فتمادى بالقوم حتى سلم بهم عامدا أنه لا إعادة عليهم لصلاتهم مراعاة لقول أبي حنيفة في أن الرجل إذا جلس في آخر صلاته مقدار التشهد فقد تمت صلاته وخرج منها وإن لم يسلم" [3] .

قال الحطاب : "وقول ابن القاسم في الإمام يحدث بعد التشهد ويتمادى ، لا إعادة عليهم مراعاة لأبي حنيفة" [4] .

المسألة السابعة : القنوت بعد الركوع :

يستحب عند المالكية القنوت في صلاة الصبح قبل الركوع، وهذا هو

---

(١) أخرجه أبو داود في الصلاة باب : الإمام يحدث بعدما يرفع رأسه من آخر ركعة (رقم: ٦١٧) ، والترمذي في الصلاة باب : ما جاء في الرجل يحدث في التشهد (رقم: ٤٠٨).

(٢) البيان والتحصيل : ٢/ ٤٥ .

(٣) المرجع السابق.

(٤) مواهب الجليل : ٢/ ٩٧ .

المشهور[1].

قال خليل: "وقنوت سرا بصبح فقط وقبل الركوع"[2].

ودليلهم: ما روي عن عاصم الأحول[3] أنه قال: «سألت أنس بن مالك عن القنوت، فقال: إنه كان القنوت، قلت: قبل الركوع أو بعده، قال: قبله، قال: فإن فلانا أخبرني عنك أنك قلت بعد الركوع، فقال: كذب، إنما قنت رسول الله ﷺ بعد الركوع شهرا، أراه كان بعث قوما يقال لهم القراء زهاء سبعين رجلا إلى قوم من المشركين فأصيبوا دون أولئك، وكان بينهم وبين النبي صلى الله عليه وسلم عهد، فقنت رسول الله صلى الله عليه وسلم شهرا يدعو عليهم»[4].

فهذا نص في أن القنوت قبل الركوع.

قال الباجي: "ودليلنا من جهة المعنى أن القنوت قبل الركوع أولى لأنه سبب لأدراك بعض من يأتي ممن سبقه الإمام، وإذا جعل بعد الركوع لم

---

(١) المدونة: ١/ ١٠٠، المعونة: ١/ ٢٤٢، التفريع: ١/ ١٦٦، المنتقى: ١/ ٢٨١، مواهب الجليل: ١/ ٥٣٩، الشرح الكبير: ١/ ٢٤٨.

(٢) مختصر خليل: ٣٥.

(٣) عاصم الأحول: عاصم بن سليمان البصري الأحول الإمام الحافظ المحدث محتسب المدائن، روى عن أنس بن مالك وعبد الله بن سرجس والشعبي والحسن وابن سيرين وعنه قتادة وشعبة وثابت بن زيد والسفيانان، مات سنة ١٤٠هـ وقيل غير ذلك. انظر: تذكرة الحفاظ: ١/ ١٤٩، سير أعلام النبلاء: ٦/ ٢٦٢.

(٤) أخرجه مسلم في المساجد ومواضع الصلاة باب: استحباب القنوت في جميع الصلاة إذا نزلت بالمسلمين نازلة والعياذ بالله (رقم: ٦٧٧).

يكن فيه فائدة "[1].

وقال الشافعي القنوت بعد الركوع، فإن قنت قبل الركوع لم يجزئه على المشهور[2].

قال صاحب الحاوي: "فيه (أي في القنوت قبل الركوع) وجهان؛ أحدهما: تجزئه لاختلاف العلماء فيه، والثاني: لا تجزئه لوقوعه في غير موضعه، فيعيده بعد الركوع "[3].

واستدلوا بحديث محمد بن سيرين[4] عن أنس بن مالك رضي الله عنه أنه سئل هل قنت رسول الله ﷺ فقال: «نعم، فقيل له: قبل الركوع أو بعده قال: بعد الركوع بيسير»[5].

وقالوا لأن القنوت دعاء ومحل الدعاء بعد الركوع، فوجب أن يؤتى به في محله، ولأن ما شرع من الذكر قبل الركوع فمحله قبل القراءة، كالتوجه والاستعاذة، فلما ثبت أن القنوت لا يتقدم القراءة ثبت أنه لا يتقدم الركوع[6].

---

(١) المنتقى: ١/ ٢٨٢.

(٢) الحاوي: ٢/ ٢٠١، المجموع: ٣/ ٤٨٦، مغني المحتاج: ١/ ١٦٦.

(٣) الحاوي: ٢/ ٢٠١.

(٤) محمد بن سيرين: أبو بكر الأنصاري البصري صاحب التعبير، مولى أنس بن مالك خادم رسول الله ﷺ، سمع أبا هريرة وابن عباس وابن عمر وأنس بن مالك وطائفة، وروى عنه قتادة وأيوب ويونس بن عبد الله وخلق سواهم، توفي سنة ١١٠هـ. انظر: سير أعلام النبلاء: ٥/ ٤٨٧، ميزان الاعتدال: ١/ ٧٧، طبقات ابن سعد: ٧/ ١٤٣.

(٥) أخرجه البخاري في الوتر باب: القنوت قبل الركوع وبعده (رقم: ٩٥٦-٩٥٨).

(٦) الحاوي: ٢/ ٢٠٢.

مراعاة الخلاف في هذه المسألة:

لاحظ المالكية مذهب الشافعية وأجازوا القنوت بعد الرفع من الركوع ، وهذا ما قصده الإمام مالك بقوله: "واسع القنوت قبل الركوع وبعده"[1].

وقال الخرشي: "لو نسي الإتيان بالقنوت قبل الركوع حتى انحنى واطمأن فلا يرجع له بل يقنت بعد الرفع ويكون من باب الإتيان بالقنوت بعد الركوع وصحت صلاته ، مراعاة للشافعية"[2].

المسألة الثامنة : هل يقضي المغمى عليه الصلوات ؟

قال الحنابلة الإغماء لا يسقط القضاء وحكمه حكم النائم لا يسقط عنه قضاء شيء من الواجبات التي يجب قضاؤها[3] .

واستدلوا بفعل الصحابة فقد روي أن عمارا غشي عليه أياما لا يصلي ثم استفاق بعد ثلاث فقيل هل صليت؟ قال: ما صليت منذ ثلاث ، فقال: أعطوني وضوءا فتوضأ ثم صلى تلك الليلة[4] ، وروي مثل ذلك عن سمرة ابن جندب[5] .

فهذا فعل الصحابة رضوان الله عليهم ، لم يخالفهم أحد فكان إجماعا.

---

(١) المدونة: ١/ ١٠٠ .

(٢) شرح الخرشي على خليل: ١/ ٢٨٢ .

(٣) المغني: ١/ ٤٠٠ .

(٤) أخرجه الدار قطني في السنن: ٢/ ٨١ ، والبيهقي في معرفة السنن: ١/ ٤١٩ ، وانظر المغني: ١/ ٤٠٠ .

(٥) انظر: المغني: ١/ ٤٠١ .

ولأن الإغماء لا يسقط فرض الصيام ولا يؤثر في استحقاق الولاية على المغمى عليه فأشبه النوم[1] .

وقال الحنفية إن أغمي عليه خمس صلوات قضاها ، وإن زادت سقط فرض القضاء في الكل قياسا على المجنون[2] .

وقال المالكية لا يقضي المغمى عليه ما فاته من الصلاة حال إغمائه قياسا على المجنون[3] ، لقول النبي ﷺ : « رفع القلم عن ثلاث . . . فذكر المغلوب حتى يفيق» [4] .

وروي أن عمر بن الخطاب أغمي عليه فلم يقض[5] .

قال القاضي عبد الوهاب : " ولأنها صلوات فاتت بالإغماء فلم يلزم قضاؤها ، كما لو زاد على الخمس ولأنه عذر يسقط قضاء الصلاة فيما زاد على اليوم والليلة فكذلك فيما دونها أصله الحيض "[6] .

مراعاة الخلاف في هذه المسألة :

لقد راعى بعض المالكية مذهب الحنابلة والحنفية ، وقالوا : إذا أفاق

---

(١) المرجع السابق .

(٢) حاشية ابن عابدين : ١/ ٦٧٦ .

(٣) انظر : المدونة : ١/ ٩٢ ، التفريع : ١/ ٢٥٧ ، المعونة : ١/ ٢٦٢ .

(٤) أخرجه أبو داود في الحدود باب : في المجنون يسرق (رقم : ٤٤٠١) ، والنسائي في الطلاق باب : من لا يقع طلاقه من الأزواج (رقم : ٣٤٣٢) ، والترمذي في الحدود باب : ما جاء فيمن لا يجب عليه الحد (رقم : ١٤٢٧) وقال : حسن غريب .

(٥) سنن الدارقطني : ٢/ ٨٢ ، البيهقي في معرفة السنن : ١/ ٤١٨ .

(٦) المعونة للقاضي عبد الوهاب : ١/ ٢٦٢ .

المغمى عليه قضى ما فاته .

فذهب مطرف وابن الماجشون وابن عبد الحكم إلى أنه ينظر إلى ما بقي عليه من الوقت ساعة يفيق ، ووجه هذا القول مراعاة قول من يرى الإغماء كالنوم في أنه لا يسقط الصلاة .

هذا ما قرره الكثير من المالكية في تعليل فتوى ابن الماجشون ومطرف وابن عبد الحكم[١] .

المسألة التاسعة : من دخل في الحاضرة ثم ذكر الفائتة :

قال الشافعية ترتيب الفوائت مستحب وليس بواجب في قليل الصلاة وكثيرها مع العمد والنسيان ، وأنه إن أحرم بفرض وقته ثم ذكر فائتة مضى في صلاته وقضى ما فاته[٢] .

ودليلهم قوله تعالى : ﴿أَقِمِ الصَّلَاةَ لِدُلُوكِ الشَّمْسِ إِلَىٰ غَسَقِ اللَّيْلِ﴾[٣] .

قال الماوردي : " فكان الظاهر يقتضي جواز فعل ما يقضى ويؤدى من فائتة ومؤقتة بلا اشتراط ترتيب ولا استثناء "[٤] .

وبما رواه ابن عباس رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : «من ذكر

(١) البيان والتحصيل : ٢/ ١٦٧ ، ضوء الشموع حاشية على شرح المجموع للأمير الكبير : ١/ ١٤٦ .
(٢) انظر الحاوي : ٢٠/ ٢٠٦ .
(٣) الإسراء / ٧٨ .
(٤) الحاوي : ٢/ ٢٠٦ .

صلاة وهو في أخرى أتمها ثم قضى الفائتة»[1].

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «إن الشيطان يأتي أحدكم في صلاته فينفخ بين إليتيه فلا ينصرف حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا»[2].

فأمره بإتمامها أمرا عاما في كل حال إلا في الحالتين اللتين استثناهما.

وذهب المالكية إلى أن ترتيب الفوائت واجب في صلاة يوم وليلة فما دون، فمن ذكر صلاة في صلاة بطلت الصلاة التي هو فيها عليه وعلى من خلفه، فإن كان مأموما تمادى مع الإمام ثم صلى الفائتة وأعاد التي صلاها مع الإمام[3].

واستدلوا بما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فاته يوم الخندق الظهر والعصر حتى أدركه المغرب فقضاهن مرتبات[4] وقد قال: «صلوا كما رأيتموني أصلي»[5].

وروي أن النبي ﷺ صلى المغرب عام الأحزاب فلما فرغ قال: «هل علم أحد منكم أني صليت العصر؟ فقالوا: يا رسول الله ما صليتها» فأمر

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن: ٢/ ٢٢٠.

(٢) أخرجه البخاري في الوضوء باب: لا يتوضأ من الشك حتى يستيقن (رقم: ١٣٧)، ومسلم في الحيض باب: الدليل على أن من تيقن الطهارة (رقم: ٣٦١).

(٣) المدونة: ١/ ١٢٣، المعونة: ١/ ٢٧٢، حاشية الدسوقي: ١/ ٢٦٥.

(٤) أخرجه البخاري في مواقيت الصلاة باب قضاء الصلوات الأولى فالأولى (رقم: ٥٧٣).

(٥) أخرجه البخاري في الأذان باب الأذان للمسافرين إذا كانوا جماعة (رقم: ٦٠٥)، ومسلم في المساجد باب: من أحق بالإمامة (رقم: ٦٧٤).

المؤذن فأقام الصلاة فصلى العصر ثم أعاد المغرب»[1].

وهذا يدل على وجوب الترتيب.

وعن ابن عمر رضي الله عنهما قال: «من ذكر صلاة وهو في أخرى فليتم التي هو فيها وليصل التي ذكر ثم يعيد التي صلاها»[2].

مراعاة الخلاف في هذه المسألة:

سئل الإمام مالك عن إمام خطب يوم الجمعة ففرغ من الخطبة وأحرم بالصلاة فذكر صلاة نسيها، فقال: "يتحول إليهم ويكلمهم حتى يتم صلاته، قيل له: فيتبدئ بالخطبة؟ قال: أحب إلي أن يبتدئ بالخطبة.

قيل له: فإن ذكر ذلك بعد أن فرغ من الصلاة أو بعد أن صلى منها ركعة، قال: إذا لم يذكر حتى فرغ من صلاته فصلاتهم مجزئة عنهم، وإن ذكر بعد ركعة قدم رجلا يبني على تلك الركعة.

قال: وكذلك في كل صلاة ذكر فيها الإمام صلاة نسيها وقد ركع ركعات فإن تلك الركعة التي صلى بهم وهو ناس للصلاة مجزئة عنهم"[3].

ووجه هذا القول مراعاة قول من يقول إنَّ صلاته لا تفسد بذكر الصلاة المنسية فيها فيتمادى عليها وتصح له ولهم، ويصلي هو وحده الصلاة التي نسي، وقد نحا ابن القاسم في سماع سحنون عنه إلى هذا القول، فلم ير

---

(١) أخرجه أحمد: ٣/ ٢٥، والطحاوي في شرح معاني الآثار: ١/ ٣٢١.

(٢) أخرجه البيهقي في معرفة السنن: ٢/ ٢٢.

(٣) البيان والتحصيل: ٢/ ٢٢.

عليه الإعادة إن تمادى على صلاته إلا في الوقت[1] .

فيعيدها في الوقت استحبابا فان لم يعدها صحت صلاته مراعاة لمذهب الشافعية .

المسألة العاشرة : من نسي التشهد الأول واستقل قائما هل يرجع ؟

الأصل عند المالكية أن من نسي جلوس التشهد في الركعة الثانية وقام وفارق الأرض بيديه وركبتيه أنه لا يرجع ويتمادى ويسجد قبل السلام[2] .

قال المازري : " إذا استقل وفارق الأرض تمادى على قيامه ولم يرجع ، وهذا هو المشهور "[3] .

ودليلهم حديث عبد الله بن بحينة[4] قال : « صلى لنا رسول الله ﷺ ركعتين ثم قام فلم يجلس فقام الناس معه فلما قضى صلاته ونظرنا تسليمه كبر ثم سجد سجدتين وهو جالس قبل التسليم ، ثم سلم»[5] .

---

(١) المرجع السابق .

(٢) المعونة : ١/ ٢٣٢ ، شرح التلقين للمازري : ٢/ ٦٤٦ ، مواهب الجليل : ٢/ ٤٦ ، حاشية الدسوقي : ١/ ٢٩٦ .

(٣) شرح التلقين : ٢/ ٦٤٦ .

(٤) عبد الله بن بحينة : أمه بحينة بنت الحارث بن عبد المطلب بن عبد مناف يكنى أبا محمد ، له أحاديث في الصحيح والسنن عن رواية الأعرج ومحمد بن يحيى بن حبان وحفص بن عاصم ، كان ناسكا فاضلا يصوم الدهر مات في إمارة مروان الأخيرة على المدينة وقيل سنة ٥٦هـ. انظر : الاستيعاب : ٣/ ١٤٨٧ ، الإصابة : ٢/ ٣٥٦ .

(٥) أخرجه مالك في الصلاة باب : من قام بعد الإتمام في الركعتين ، والبخاري في السهو باب : ما جاء في السهو إذا قام من ركعتي الفريضة (رقم : ١٢٢٤) ، ومسلم في المساجد باب : السهو في الصلاة والسجود له (رقم : ٥٧٠) .

وبحديث المغيرة بن شعبة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: « إذا قام أحدكم من الركعتين فلم يستتم قائما فليجلس ويسجد سجدتي السهو »[1].

فالنبي ﷺ لما قام لم يعد إلى الجلوس.

وقال الحسن البصري: يرجع ويقعد وإن قرأ ما لم يركع[2].

وقال النخعي[3]: يرجع ما لم يستفتح القراءة[4].

مراعاة الخلاف في هذه المسألة:

راعى المالكية قول من أوجب الرجوع وقالوا: لا تبطل صلاة من رجع ولو اعتدل قائما سواء رجع عمدا أو سهوا أو جهلا.

قال المازري: "فإذا رجع بعد اعتداله فقد أصاب وجه الصواب عند من حكينا قوله من العلماء فلم تبطل صلاته لذلك"[5].

وقال خليل في مختصره: "ولا تبطل إن رجع ولو استقل"[6].

---

(١) أخرجه أبو داود في الصلاة باب: من نسي أن يتشهد وهو جالس (رقم: ١٠٣٦).

(٢) التمهيد: ١٠/ ١٩٥، الاستذكار: ٤/ ٣٧٣، شرح التلقين: ٦٤٧.

(٣) النخعي: أبو عمران إبراهيم بن يزيد بن قيس النخعي الكوفي التابعي رأى عائشة رضي الله عنها ودخل عليها صغيرا، ولم يثبت له منها سماع، روي عن مسروق وعلقمة وشريح وغيرهم، قال الشعبي: " ما ترك أحدا أعلم منه" توفي سنة ٩٦هـ وقيل ٩٥هـ. انظر: وفيات الأعيان: ١/ ٦، شذرات الذهب: ١/ ١١١.

(٤) انظر: الاستذكار: ٤/ ٣٧٣، المغني: ١/ ٦٧٧.

(٥) شرح التلقين للمازري: ٢/ ٦٤٧.

(٦) مختصر خليل: ص ٦٥، مواهب الجليل: ٢/ ٤٧.

وقال خليل في التوضيح معللا جواز الرجوع: "مراعاة لمن قال إنه مأمور بالرجوع "[1] .

المسألة الحادية عشرة : حكم من أسر بالقراءة في محل الجهر أو العكس:

الجهر بالقراءة في موضع الجهر ، والإسرار بها في موضع الإسرار سنتان مؤكدتان من سنن الصلاة عند المالكية[2] لفعل رسول الله ﷺ القائل: «صلوا كما رأيتموني أصلي»[3] .

وعليه فمن سها أو نسي فجهر في موضع الإسرار أو العكس يسجد سجود السهو عند المالكية لتركه سنة مؤكدة.

قال الإمام مالك في المدونة: "من سها فأسر فيما يجهر فيه سجد قبل السلام ، وإن جهر فيما يسر فيه سجد بعد السلام "[4] .

قال خليل: "كترك جهر وسورة بفرض" ، قال الحطاب: "هذا مثال السنة المؤكدة التي يسجد لها "[5].

وأما من أسر بالقراءة في موضع الجهر أو العكس متعمدا هل تبطل صلاته؟ قولان عند المالكية.

---

(١) مواهب الجليل: ٢/ ٤٧ ، حاشية الدسوقي: ١/ ٢٩٦ .

(٢) المدونة: ١/ ١٢٨-١٣٤ ، المعونة: ١/ ٢٣٧، التفريع: ١/ ٢٤٣ ، مواهب الجليل: ٢/ ١٤-١٥ ، الشرح الكبير: ١/ ٢٧٣ ، حاشية الدسوقي: ١/ ٢٧٣ .

(٣)سبق تخريجه: ص٢٩٣ .

(٤) المدونة: ١/ ١٣٠ .

(٥) مواهب الجليل: ٢/ ١٨ .

القول الأول: تبطل صلاته لتعمده ترك سنة مؤكدة، ويعيدها أبد[1].

القول الثاني: لا شيء عليه ويستغفر الله، مراعاة لمن قال بصحة صلاته، وهم الشافعية[2] والحنابلة[3].

فعندهم إذا جهر المصلي فيما يسر فيه، أو أسر فيما يجهر فيه كانت صلاته صحيحة ولا سجود للسهو عليه وحجتهم:

ما روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه صلى بالناس المغرب فترك الجهر بالقراءة فلما فرغ قيل له في ذلك، فقال: "كيف كان الركوع والسجود، قالوا: كان حسنا، قال: " فلا يضر ذلك، وإنما شغل قلبي بعير أنفذتها إلى الشام وكنت أنزلها"[4].

فلم يسجد للسهو ولا أحد ممن صلى خلفه فدل على صحة الصلاة وأنها لا توجب جبرانا، ولأن الجهر والإسرار هيئة، ومخالفة الهيئة لا تبطل الصلاة ولا توجب السهو قياسا على هيئات الأفعال.

قال النووي: "لو جهر في موضع الإسرار أو عكس لم تبطل صلاته ولا سجود سهو فيه، ولكنه ارتكب مكروها وهذا مذهبنا، وبه قال الأوزاعي وأحمد في أصح الروايتين"[5].

---

(١) شرح التلقين: ٢/ ٦١١، مواهب الجليل: ٢/ ١٤.

(٢) الحاوي: ٢/ ١٩٦، المجموع للنووي: ٣/ ٣٩٠.

(٣) المغني: ١/ ٦٠٦.

(٤) رواه البيهقي في السنن: ٢/ ٣٨٢.

(٥) المجموع للنووي: ٣/ ٣٩٠.

مراعاة الخلاف في هذه المسألة :

وقع للإمام مالك رضي الله عنه فيما روى أشهب عنه فيمن أسر في موضع الجهر أن سجوده بعد السلام ، وأصله في النقص أن يكون السجود قبل السلام ، فتأخيره السجود إلى انقضاء الصلاة إشارة إلى ضعف السجود عنده[١] .

وسئل الإمام مالك عن قوم صلوا خلف إمام الصبح فلم يجهر بالقراءة ففتحوا عليه فلم يجهر حتى فرغ، فقيل له : ما قرأت ، فقال : بلى في نفسي فقال مالك : " ما أراه قرأ ، وإنكم تفتحون عليه لا يقرأ ، هذا جاهل جدا ، فأرى أن تعيدوا أنتم الصلاة ، وما أراه قرأ ، وإنما الذي قلت لكم تعيدوا الصلاة ما كنتم في الوقت ، فإذا ذهب الوقت فلا أرى عليكم إعادة "[٢] .

قال المالكية : أمرهم بالإعادة في الوقت مراعاة للاختلاف ، إذ قد قيل إن صلاة القوم غير مرتبطة بصلاته وإنها لا تفسد عليهم بفسادها عليه ، وقيل أيضا أن من أسر فيما يجهر فيه من صلاته جاهلا متعمدا لا إعادة عليه، ومن مذهبه مراعاة الخلاف[٣] .

واستحب بعض المالكية الإعادة في الوقت مراعاة للخلاف أيضا وإعمالا لدليل المذهب .

قال المازري : " واستحب بعض هذه الطائفة الإعادة في الوقت ليأتي

---

(١) شرح التلقين : ٢/ ٦١١ .

(٢) البيان والتحصيل : ١/ ٤٢٥ .

(٣) المرجع السابق .

بصلاة متفق على صحتها "[1].

المسألة الثانية عشرة : سجود السهو :

سجود السهو عند المالكية قسمان : سجود قبل السلام ويكون في حالة النقص ، وسجود بعد السلام إذا كان السهو زيادة[2].

واستدل المالكية على السجود القبلي بحديث ابن بحينة[3] .

واستدلوا على السجود البعدي بحديث أبي هريرة : أنه صلى الله عليه وسلم قام من اثنتين فقال ذو اليدين[4] : «أقصرت الصلاة أم نسيت ؟ فقال : «كل ذلك لم يكن فقال : أحقا ما يقول ذو اليدين قالوا : نعم ، فأتم ما بقي من الصلاة ثم سجد سجدتين وهو جالس بعد التسليم»[5] .

قال القاضي عبد الوهاب : " فلأن سجود النقصان جبران للنقص

---

(١) شرح التلقين : ٢/ ٦١٥ .

(٢) المعونة : ١/ ٢٣٣ ، شرح التلقين : ٢/ ٦٠٠ ، التفريع : ١/ ٢٤٤ ، مواهب الجليل : ٢/ ١٥ .

(٣) سبق تخريجه : ص٢٩٥ .

(٤) ذو اليدين : رجل من بني سليم يقال له الخرباق حجازي شهد النبي صلى الله عليه وسلم وقد رآه في صلاته وخاطبه ، وليس هو ذا الشمالين ، ذو الشمالين رجل من خزاعة حليف لبني زهرة قتل يوم بدر ، وذو اليدين عاش حتى روي عنه المتأخرون من التابعين . انظر : الاستيعاب : ٢/ ٧٢٥ ، الإصابة : ١/ ٤٧٧ .

(٥) أخرجه مالك في الصلاة باب : ما يفعل من سلم عن ركعتين ساهيا ، والبخاري في الآذان باب : هل يأخذ الإمام إذا شك بقول الناس (رقم : ٧١٤) ، وفي السهو باب : من لم يتشهد في سجدتي السهو (رقم : ١٢٢٨) ، وأبو داود في الصلاة باب : السهو في السجدتين (رقم : ١٠٠٩) .

الواقع في الصلاة ، وسبيل الجبران للنقص في العبادة أن يكون فيها لا بعدها ، وسجود الزيادة ترغيم للشيطان وشكر لله تعالى على إتمام الصلاة وإكمالها ، فلم يكن فيه المعنى المقتضي لوقوعه قبل التسليم ، ولأنه لما زاد في الصلاة ما سها بفعله لم يجز أن يكون فيها السجود لأنها لا تحتمل زيادتين ، وليس كذلك النقصان لأنه لما نقص منها جاز أن يكون السجود فيها جابراً للمتروك[1] .

وقال الحنفية[2] : السجود كله في السهو زيادة كان أو نقصانا بعد السلام ، وحجتهم حديث ابن مسعود «أن رسول الله ﷺ صلى الظهر خمسا ساهيا وسجد لسهوه بعد السلام»[3] .

وحديث المغيرة بن شعبة : أنه قام من اثنتين وسجد بعد السلام[4] .

أما الشافعية[5] فقالوا : السجود كله قبلي في الزيادة والنقصان ، وحجتهم ما رواه أبو سعيد الخدري أن رسول الله ﷺ قال : «إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلى أثلاثا أم أربعا ، فليصل ركعة وليسجد سجدتين وهو جالس قبل التسليم»[6] .

---

(١) المعونة : ١/ ٢٣٤ .

(٢) بدائع الصنائع : ١/ ٢٣٢ ، فتح القدير : ١/ ٢٨٠ .

(٣) أخرجه البخاري في السهو باب : إذا صلى خمسا (رقم : ١١٦٦-١١٦٧) ، ومسلم في المساجد باب : السهو في الصلاة (رقم : ٥٧٤) .

(٤) سبق تخريجه : ص٢٩٥ .

(٥) الحاوي : ٢/ ٢٧٧ ، مغني المحتاج : ١/ ١٩٤ .

(٦) أخرجه مسلم في المساجد باب : السهو في الصلاة والسجود له (رقم : ٥٧١) ، =

مراعاة الخلاف في هذه المسألة :

فراعى المالكية مذهب الحنفية والشافعية وقالوا بصحة صلاة من سجد بعد السلام للنقص أو قبله في الزيادة .

قال ابن عبد البر : " وجملة مذهب مالك وأصحابه أن من وضع السجود الذي قالوا إنه بعد قبل فلا شيء عليه ، إلا أنهم أشد استثقالا لوضع السجود الذي بعد السلام قبل السلام ، وذلك لما رئي وعلم من اختلاف أهل المدينة في ذلك "[(١)] .

قال خليل في مختصره : " وصح إن قدم أو أخر "[(٢)] .

أي يصح السجود البعدي إذا قدم وكذلك القبلي إذا أخر ، قال الدسوقي : " أي مراعاة لقول القائل أن السجود دائما قبلي ، وقوله أي خليل : " أو أخر قبليه " أي : مراعاة لقول القائل ببعدية السجود دائما "[(٣)] .

قال ابن رشد : " لا إعادة عليه للسجود بعد السلام إذا سجد قبل السلام ناسيا كان أو متعمدا مراعاة للاختلاف "[(٤)] .

= وأبو داود في الصلاة باب : إذا شك في الثنتين والثلاث (رقم : ١٠٢٤) .

(١) الاستذكار : ٤/ ٣٥٦ .

(٢) مختصر خليل : ص ٣٥ .

(٣) حاشية الدسوقي : ١/ ٢٧٨ .

(٤) البيان والتحصيل : ٢/ ٦٦ .

المسألة الثالثة عشرة : حكم التنفل بأربع ركعات بتسليمة واحدة :

صلاة النافلة عند الإمام مالك مثنى مثنى يسلم من كل ركعتين(١) .

فقد روى مالك أنه بلغه أن عبد الله بن عمر كان يقول : " صلاة الليل والنهار مثنى مثنى يسلم من كل ركعتين " .

وقال مالك : " وهو الأمر عندنا "(٢) .

أي أن كل ركعتين منها صلاة قائمة بنفسها ، لعمل أهل المدينة .

قال الباجي : " يريد أن النوافل لا يزاد فيها على ركعتين "(٣) .

ودليل الإمام مالك أن رجلا سأل رسول الله ﷺ عن صلاة الليل فقال رسول الله ﷺ : «صلاة الليل مثنى مثنى ، فإذا خشي أحدكم الصبح صلى ركعة واحدة توتر له ما قد صلى»(٤) .

فإن قيل معنى ذلك أن يجلس في كل ركعتين ، أجاب الباجي بقوله : " هذا غير صحيح لأن مثل هذا اللفظ لا يستعمل للفصل بالجلوس ، ولذلك لا يقال الظهر والعصر مثنى مثنى وإن كان يجلس في كل ركعة منهما ،

---

(١) المدونة : ١/ ١٢١ ، المعونة : ١/ ٢٤٥ ، المنتقى : ١/ ٢١٤ ، مواهب الجليل : ٢/ ٧١ ، الشرح الكبير : ١/ ٣١٦ .

(٢) الموطأ في صلاة الليل باب : الأمر بالوتر ، المنتقى : ١/ ٢١٥ .

(٣) المنتقى : ١/ ٢١٦ .

(٤) أخرجه البخاري في الوتر باب : ما جاء في الوتر (رقم : ٩٤٦) ، ومسلم في صلاة المسافرين باب : صلاة الليل مثنى مثنى (رقم : ٧٤٩) ، ومالك في صلاة الليل باب : الأمر بالوتر .

ويقال صلاة الصبح مثنى لما كان يسلم فيها من ركعتين.

وجواب ثان: هو أن قوله صلاة الليل مثنى مثنى يقتضي أن يكون كل ركعتين منها صلاة ولا تكون صلاة إلا بفصلها عما بعدها بالسلام[1].

وقالوا: إن هذه صلاة نفل فلم تجز الزيادة فيها على ركعتين كصلاة العيد.

وقال أبو حنيفة[2]: إن شاء سلم من ركعتين وإن شاء سلم من أربع.

وقال الحنابلة[3]: صلاة الليل مثنى وصلاة النهار أربع، وهو مذهب الأوزاعي وإبراهيم النخعي[4]، واحتجوا بما روي عن ابن عمر أنه كان يتطوع بالنهار أربعا لا يفصل بينهن[5].

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «أربع قبل الظهر لا يسلم فيهن تفتح لهن أبواب السماء»[6].

مراعاة الخلاف في هذه المسألة:

راعى المالكية مذهب من أجاز التنفل بأربع، وقالوا من قام في النافلة من اثنتين ساهيا ولم يذكر حتى ركع أتى برابعة -كان في ليل أو نهار-

---

(١) المنتقى: ١/ ٢١٤.

(٢) فتح القدير: ١/ ٣١٨، الدر المختار: ١/ ٦٤٤.

(٣) المغني: ١/ ٧٧.

(٤) الاستذكار: ٥/ ٢٥٥.

(٥) مصنف عبد الرزاق: ٢/ ٥٠١، والبيهقي في السنن الكبرى: ٢/ ٤٨٧.

(٦) أخرجه أبو داود في صلاة المسافر باب: الأربع قبل الظهر وبعدها (رقم: ١٢٦٩).

وسجد قبل السلام مراعاة لمن أجاز التنفل بأربع[1].

قال الدسوقي: "والخلاف الموجود عندنا في المذهب بجواز التنفل بأربع قوي فينبغي مراعاته"[2].

المسألة الرابعة عشرة: صلاة النافلة وقت خطبة الجمعة:

من الأوقات التي تحرم فيها النافلة عند المالكية وقت خطبة الجمعة[3]، أي: حال شروع الإمام في الخطبة حتى لا ينشغل عن سماعها الواجب، واستدل المالكية على ذلك بما يلي:

عن عبد الله بن بسر[4] قال: "جاء رجل يتخطى رقاب الناس يوم الجمعة والنبي ﷺ يخطب فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «اجلس فقد آذيت»[5] فلم يأمره بصلاة ركعتين.

---

(١) مواهب الجليل: ٢/ ٤٨.

(٢) حاشية الدسوقي: ١/ ٢٩٧.

(٣) المدونة: ١/ ٣٠٨، التفريع: ١/ ٢٣٢، المنتقى: ١/ ١٨٩، مواهب الجليل: ١/ ٤١٤ وما بعدها.

(٤) عبد الله بن بسر: المازني أبو صفوان ويقال أبو بسر صحابي من بني مازن كان ممن صلى إلى القبلتين توفي بحمص عن ٩٠ عاما وهو آخر الصحابة موتا بالشام له ٥٠ حديثا. انظر: الإصابة: ٣/ ٢٧٣.

(٥) أخرجه أبو داود في الجمعة باب: تخطي رقاب الناس يوم الجمعة (رقم: ١١١٨)، والنسائي في الجمعة باب: النهي عن تخطي رقاب الناس والإمام على المنبر يوم الجمعة (رقم: ١٣٩٩)، والحاكم وصححه ووفقه الذهبي: ١/ ٢٨٨.

عن ابن شهاب عن ثعلبة بن أبي مالك[1] أنه أخبره أنهم كانوا في زمان عمر بن الخطاب رضي الله عنه يصلون يوم الجمعة حتى يخرج عمر ، فإذا خرج عمر وجلس على المنبر وأذن المؤذن قال ثعلبة جلسنا نتحدث ، فإذا سكت المؤذنون وقام عمر يخطب أنصتنا فلم يتكلم منا أحد .

قال ابن شهاب : " فخروج الإمام يقطع الصلاة وكلامه يقطع الكلام "[2] .

قال ابن عبد البر : " وهذا كله يدل على أن الأمر بالإنصات ليس برأي ، وإنما هو سنة يحتج بها كما احتج ابن شهاب ، لأن قوله : خروج الإمام يقطع الصلاة وكلامه يقطع الكلام خبر عن علم علمه لا عن رأي اجتهده ، وهو يرد -عند أصحابنا- حديث جابر وحديث أبي سعيد وحديث أبي هريرة أن النبي ﷺ أمر من جاء والإمام يخطب أن يصلي ركعتين[3] .

وعن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : «إذا كان يوم الجمعة كان على كل باب من أبواب المسجد ملائكة يكتبون الناس على منازلهم الأول فالأول ، فإذا خرج الإمام طويت الصحف

---

(١) ثعلبة بن أبي مالك : القرضي ولد على عهد النبي صلى الله عليه وسلم واسم أبي مالك عبد الله يكنى أبا يحيي من كندة قدم أبوه مالك من اليمن على دين اليهود ونزل في بني قريظة فنسب إليهم ولم يكن منهم فأسلم روي ثعلبة عن عمر وعثمان رضي الله عنهم جميعا .

(٢) أخرجه مالك في الموطأ في الجمعة باب : ما جاء في الإنصات يوم الجمعة والإمام يخطب .

(٣) انظر : الاستذكار : ٥/ ٤٨ .

واستمعوا الخطبة»[1].

فهذا يدل على أنه لا عمل إذا خرج الإمام إلا استماع الخطبة لطي الصحف فيما عدا ذلك.

وروي أن عثمان بن عفان رضي الله عنه كان يقول في خطبته: "إذا قام الإمام يخطب يوم الجمعة فاستمعوا له وأنصتوا فإن للمنصت الذي لا يسمع من الحظ ما للمنصت"[2].

وعن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «إذا قلت لصاحبك أنصت والإمام يخطب يوم الجمعة فقد لغوت»[3].

قال القاضي عبد الوهاب: "فنبه بذلك على أن ما كان أكثر منه أولى بالمنع، ولأنها صلاة افتتحت والإمام يخطب فيجب منعها، أصله إذا كان جالسا، ولأن في ذلك ذريعة إلى التشاغل عن الإمام والتهاون لخطبته وترك الإنصات له"[4].

ولاتصال واستمرار عمل أهل المدينة بذلك.

وذهب الإمام الشافعي إلى جواز التنفل وقت خطبة[5] الجمعة،

---

(١) أخرجه البخاري في الجمعة باب: الاستماع إلى الخطبة، ومسلم في الجمعة باب: فضل التهجير يوم الجمعة.

(٢) الاستذكار: ٥/ ٥٢.

(٣) أخرجه البخاري في الجمعة باب: الإنصات يوم الجمعة والإمام يخطب (رقم: ٨٩٢).

(٤) المعونة: ١/ ٣٠٨.

(٥) الحاوي: ٢/ ٣٩.

وحجته في ذلك :

حديث أبي قتادة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : «إذا دخل أحدكم المسجد فليركع ركعتين قبل أن يجلس»[1] .

وهذا يشمل كل وقت لم ينه فيه عن الصلاة .

وعن أبي هريرة قال : جاء سليك الغطفاني[2] ورسول الله ﷺ يخطب يوم الجمعة فقال له النبي ﷺ : «صليت؟» قال : لا ، قال : «صل ركعتين وتجوز فيهما»[3] .

مراعاة الخلاف في هذه المسألة :

لاحظ المالكية مذهب الشافعية وقالوا : من دخل والإمام يخطب وأحرم بالنافلة جهلا أو نسيانا لا يقطع مراعاة لمذهب الشافعي[4] .

المسألة الخامسة عشرة : صلاة الوتر :

صفة الوتر عند المالكية أن يأتي بركعة قبلها شفع منفصل عنها ، وليس لما قبلها من الفعل حد ، وأقله ركعتان ويكره أن يوتر بثلاث[5] . قال خليل :

---

(١) أخرجه البخاري في المساجد باب : إذا دخل المسجد فليركع ركعتين (رقم : ٤٣٣) ، ومسلم في صلاة المسافر باب : استحباب تحية المسجد بركعتين (رقم : ٧١٤) .

(٢) سليك الغطفاني : هو ابن عمر أو ابن وهبة الغطفاني وقع ذكره في الصحيح من حديث جابر في حديث دخول الجمعة والنبي ﷺ يخطب . انظر : الإصابة : ٢/ ٧١ .

(٣) أخرجه أبو داود في الجمعة باب : إذا دخل الرجل والإمام يخطب (رقم : ١١١٦) .

(٤) انظر : حاشية الدسوقي : ١/ ١٨٧ .

(٥) انظر : المدونة : ١/ ١٢١ ، المعونة : ١/ ٢٤٥ ، التفريع : ١/ ٢٦٧ ، المنتقى : ١/ ٢١٤ ، مواهب الجليل : ٢/ ٧١ ، الشرح الكبير : ١/ ٣١٦ .

" وكره وصله "[1] .

وذلك لحديث عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ : «كان يصلي من الليل إحدى عشر ركعة يوتر منها بواحدة ، فإذا فرغ اضطجع على شقه الأيمن»[2] .

وعن عبد الله بن عمر أن رجلا سأل رسول الله ﷺ عن صلاة الليل فقال رسول الله ﷺ : «صلاة الليل مثنى مثنى فإذا خشي أحدكم الصبح صلى ركعة واحدة توتر له ما قد صلى»[3] .

وقال الحنفية الوتر ثلاث ركعات لا يفصل بينهن بسلام، وإنما يسلم في آخره كصلاة المغرب[4] .

واستدلوا بحديث عائشة رضي الله عنها قالت : «كان رسول الله ﷺ يوتر بثلاث لا يسلم إلا في آخرهن»[5] .

---

(١) مختصر خليل : ص ٦٥ .

(٢) أخرجه مالك في صلاة الليل باب : صلاة النبي صلى الله عليه وسلم في الوتر .

(٣) أخرجه البخاري في الوتر باب : ما جاء في الوتر (رقم : ٩٤٦) ، ومسلم في صلاة المسافرين باب : صلاة الليل مثنى مثنى (رقم : ٧٤٩) ، ومالك في صلاة الليل باب : الأمر بالوتر .

(٤) فتح القدير : ١/ ٣٠٣ ، حاشية ابن عابدين : ١/ ٦٢٢ .

(٥) أخرجه النسائي في قيام الليل وتطوع النهار باب : كيفية الوتر بثلاث (رقم : ١٦٩٧)، والحاكم في المستدرك : ١/ ٣٠٤ ، وقال صحيح على شرط البخاري ومسلم ولم يخرجاه ، انظر : نصب الراية : ٢/ ١١٨ .

مراعاة الخلاف في هذه المسألة:

راعى المالكية مذهب الحنفية في مسألتين:

المسألة الأولى: من صلى بعد العشاء ركعات ثم جلس ثم بدا له أن يوتر، قال الإمام مالك: "أرجو أن يكون له سعة في أن يوتر بواحدة".

وهذا صحيح على مذهبه في الفصل بين الشفع والوتر بسلام.

أما ابن القاسم فقال: "إذا طال ركع ركعتين ثم أوتر"[1].

قال ابن رشد في توجيه قول ابن القاسم: "ووجه هذا القول مراعاة لقول من قال الوتر ثلاث بغير سلام"[2].

المسألة الثانية: من صلى خلف من لا يفصل بين الشفع والوتر تبعه في ذلك[3].

قال المواق: "وأغرب من هذا أنه ذكر عن نفسه أي ابن القاسم أنه لو أوتر بالناس لعارض يعرض بإمامهم الذي من شأنه أن يوتر بثلاث لا يفصل بينهن، أنه لا يخالف فعله بل يترك السلام من الشفع موافقة للمنوب عنه"[4].

---

(١) التاج والإكليل: ٢/ ٧٢.

(٢) المرجع السابق، مواهب الجليل: ٢/ ٧٢.

(٣) التاج والإكليل: ٢/ ٧٣.

(٤) المرجع السابق.

المسألة السادسة عشرة : إمامة الصبي:

من شروط الإمام عند المالكية أن يكون بالغا ، فلا تصح عندهم إمامة الصبي المميز لغيره من البالغين أما إمامته لأمثاله فجائزة[1] .

قال ابن شاس[2] : " أما الصبي المميز فلا تجوز إمامته في الفريضة ولا تصح "[3] .

ودليلهم قول النبي ﷺ : «رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المغلوب حتى يفيق»[4] .

وعن ابن عباس رضي الله عنهما قال : " لا يؤم غلام حتى يحتلم "[5] .

ولأنه غير مكلف فأشبه المجنون ، ولأن أداء الصبي للفرض هو نافلة له لعدم بلوغه ، والذي ائتم به قد نوى الفرض ولا تصح صلاة المفترض بالمتنفل والعكس عند المالكية لقول النبي ﷺ : «إنما جعل الإمام ليؤتم به فلا تختلفوا عليه»[6] ، ولا اختلاف أشد من اختلاف النيات التي عليها

---

(١) المدونة : ١/ ٨٤ ، المعونة : ١/ ٢٥١ ، التفريع : ١/ ٢٢٣ ، مواهب الجليل : ٢/ ٩٩ ، حاشية الدسوقي : ١/ ٣٢٩ .

(٢) ابن شاس : أبو محمد عبد الله بن شاس الجذامي الفقيه الإمام الفاضل أخذ عن زكي الدين المنذري ، كان يميل إلى النظر في السنة والاشتغال بها ، له كتاب الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة على ترتيب الوجيز للغزالي دل على غزارة علمه وفضله . انظر : الفكر السامي : ١/ ٢٣٠ ، شجرة النور : ص ١٦٥ .

(٣) الجواهر الثمينة : ١/ ٢٧٠ .

(٤) سبق تخريجه .

(٥) انظر : المجموع للنووي : ٤/ ١٤٦ .

(٦) أخرجه مالك في صلاة الجمعة باب : صلاة الإمام وهو جالس ، والبخاري في الجماعة والإمامة باب : إنما جعل الإمام ليؤتم به (رقم : ٦٥٦) .

مدار الأعمال[1] .

وقال الشافعية إمامة الصبي صحيحة في الفرض والنفل[2] .

قال النووي : "كل صبي صحت صلاته صحت إمامته في غير الجمعة بلا خلاف عندنا إذا بلغ سبع سنين ، لأن المراد أنه إذا كان مميزا صحت صلاته وإمامته "[3] .

واحتج الشافعية بحديث عمرو بن سلمة[4] قال : «أممت على عهد رسول الله ﷺ وأنا غلام ابن سبع سنين»[5] .

---

(١) انظر : المعونة : ١/ ٢٥٢ ، التفريع : ١/ ٢٢٣ .

(٢) الحاوي : ٢/ ٤٠٢ ، المجموع : ٤/ ١٤٦ .

(٣) المجموع : ٤/ ١٤٦ .

(٤) عمرو بن سلمة : بكسر اللام بن قيس يكنى أبا يزيد روى عن أبيه قصة إسلامه وعودته إلى قومه ، وكان يحفظ القرآن فقدمه قومه إماما . انظر : الإصابة : ٢/ ٥٣٣ ، فتح الباري : ٨/ ٢٣ .

(٥) وفد أبو سلمة على النبي صلى الله عليه وسلم ثم رجع إلى قومه فقال : جئتكم والله من عند النبي ﷺ حقا فقال : «صلوا صلاة كذا في حين كذا وصلوا صلاة كذا في حين كذا ، فإذا حضرت الصلاة فليؤذن أحدكم وليؤمكم أكثركم قرآنا» فنظروا فلم يكن أحد أكثر قرآنا مني لما كنت أتلقى من الركبان فقدموني بين أيديهم وأنا ابن ست أو سبع سنين ، وكانت عليّ بردة كنت إذا سجدت تقلصت عني ، فقالت امرأة من الحي : ألا تغطون عنا . أخرجه أبو داود في الصلاة باب : من أحق بالإمامة (رقم : ٥٨٥) ، والنسائي في الصلاة باب : إمامة الغلام قبل أن يحتلم (رقم : ٧٦١) .

وعموم قوله ﷺ : «يؤم القوم أقرؤهم لكتاب الله» [١] .

كما أن الشافعية لا يشترطون اتحاد نية الإمام والمأموم لصحة الاقتداء فيجوز عندهم صلاة المفترض خلف المتنفل والعكس ، وأن يصلي الظهر خلف من يصلي العصر فإن كل مصلّ يصلي لنفسه وله ما نواه من صلاته ، فالأعمال بالنيات .

وقالوا : إنما أمرنا أن نأتم بالإمام فيما يظهر إلينا من أفعاله ، فأما النية فمغيبة عنا ومحال أن نؤمر باتباعه فيما يخفى من أفعاله علينا[٢] .

وفي الحديث نفسه ما يدل على ذلك أنه قال : « إنما جعل الإمام ليؤتم به فإذا ركع فاركعوا وإذا رفع فارفعوا» فعرفنا أفعاله التي نأتم به فيها صلى الله عليه وسلم بما يقتدى فيه بالإمام وهي أفعاله إليهم ففي هذا قيل لهم : «لا تختلفوا عليه» .

واحتجوا بما روي أن النبي ﷺ خرج إلى بطن النخل للإصلاح بين بني سليم ففرق أصحابه فريقين ، فصلى بطائفة ركعتين وسلم ، وصلى بالطائفة الثانية ركعتين وسلم[٣] .

وقيل : إنها كانت صلاة الظهر وقيل صلاة العصر[٤] .

---

(١) أخرجه مسلم في المساجد باب : من أحق بالإمامة (رقم : ٢٨٩) .
(٢) الحاوي : ٢/ ٤٠١ .
(٣) أخرجه أبو داود في الصلاة باب : من قال يصلي بكل طائفة ركعتين (رقم : ١٢٤٨) .
(٤) الحاوي : ٢/ ٤٠١ .

وعن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: «كان معاذ بن جبل رضي الله عنه يصلي خلف رسول الله ﷺ العشاء الآخرة ثم ينصرف فيصلي بقومه، هي لهم فريضة وله نافلة»[1].

مراعاة الخلاف في هذه المسألة:

وقد لاحظ الإمام مالك هذا الخلاف وراعاه حين أجاز إمامة الصبي في النوافل.

فقد سئل الإمام مالك عن الصبي المراهق أيؤم الناس في الصلاة؟ فقال: "أما الصلوات المكتوبات التي هي الفرائض فلا، وأما في النوافل فالصبيان يؤمون الناس فيها، قيل أفيقدمون في رمضان؟ فقال: نعم لا بأس بذلك"[2].

أجاز في هذه الرواية أن يؤم الصبي في النافلة وقيام رمضان وهو استحسان على غير قياس مراعاة لقول من يرى صلاة المأموم غير مرتبطة بصلاة إمامه فيجيز إمامة الصبي في الفريضة والنافلة، وللرجل أن يصلي الفريضة خلف من يصلي نافلة والقياس على مذهبه في أن صلاة المأموم مرتبطة بصلاة إمامه[3].

---

(١) أخرجه مسلم في الصلاة باب: أمر الائمة بتخفيف الصلاة في تمام (رقم: ٤٦٥).

(٢) البيان والتحصيل: ١/ ٣٩٦.

(٣) المرجع السابق.

المسألة السابعة عشرة : قراءة المأموم الفاتحة :

اتفق العلماء على وجوب قراءة الفاتحة للفذ والإمام ، واختلفوا في وجوب قراءتها للمأموم خلف الإمام .

فذهب الشافعية إلى وجوب قراءة الفاتحة للمأموم خلف إمامه فيما أسر وفيما جهر فيه بعد انتهاء الإمام من قراءة الفاتحة ، يستحب للإمام أن يسكت ليمكن المأموم من قراءتها[1] .

واستدل الشافعية على وجوب قراءة الفاتحة بما يلي :

بعموم قوله صلى الله عليه وسلم : «لا صلاة لمن لم يقرأ فيها بفاتحة الكتاب» [2] وقالوا هذا عام في الفذ والإمام والمأموم ولم يرد ما يخصصه .

وقوله ﷺ : «كل صلاة لا يقرأ فيها بأم القرآن فهي خداج»[3] خداج : بمعنى ناقصة .

وذهب المالكية إلى كراهة قراءة الفاتحة للمأموم خلف الإمام فيما يجهر فيه الإمام وإن لم يسمع قراءة الإمام عند بعض المالكية[4] .

---

(١) الحاوي : ٢/ ١٣٣ وما بعدها ، المجموع : ٣/ ٣٢٢ .

(٢) أخرجه البخاري في صفة الصلاة باب : وجوب القراءة للإمام (رقم : ٧٢٣) ، ومسلم في الصلاة باب : وجوب قراءة الفاتحة (رقم : ٣٩٤) .

(٣) أخرجه مالك في الصلاة باب : القراءة خلف الإمام ، ومسلم في الصلاة باب : وجوب قراءة الفاتحة (رقم : ٣٩٥) .

(٤) المدونة : ١/ ٦٩ وما بعدها ، المنتقى : ١/ ١٥٧ ، مواهب الجليل : ١/ ٥٣٦ ، الاستذكار : ٤/ ٢٣٠ .

وتندب عندهم قراءة الفاتحة في الصلاة السرية ، فإن ترك القراءة فلا شيء عليه لأن الإمام يحملها عنه وإنما استحب له القراءة ليشغل نفسه في الصلاة بالقراءة والذكر ولا يتفرغ للوسواس[1] .

لذا قال خليل في مختصره : "وإنصات مقتد ولو سكت إمامه وندبت إن أسر " [2] .

واستدل المالكية على كراهة قراءة الفاتحة في الجهرية للمأموم بقوله تعالى : ﴿وَإِذَا قُرِئَ الْقُرْآنُ فَاسْتَمِعُوا لَهُ وَأَنصِتُوا﴾[3] .

قالوا هذا يقتضي منع القراءة جملة وجميع الكلام ، ووجوب الإنصات عند قراءة كل قارئ إلا ما خصه الدليل[4] .

قال ابن عبد البر : "وهذا عند أهل العلم عند سماع القرآن في الصلاة ، لا يختلفون أن هذا الخطاب نزل في هذا المعنى دون غيره "[5] .

وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول ﷺ «إنما جعل الإمام ليؤتم به فإذا كبر فكبروا وإذا قرأ فأنصتوا» .

وهذا الأمر يقتضي الوجوب .

وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ انصرف من صلاة جهر

---

(١) المنتقى : ١/ ١٥٧ .

(٢) مواهب الجليل : ١/ ٥٣٦ .

(٣) الأعراف : ٢٠٤ .

(٤) المنتقى : ١/ ١٦٠ .

(٥) الاستذكار : ٤/ ٢٣٠ .

فيها بالقراءة ، فقال : « هل قرأ معي منكم أحد آنفا؟» فقال رجل : نعم أنا يا رسول الله ، قال : فقال رسول الله ﷺ : «إني أقول مالي أنازع القرآن» .

فانتهى الناس عن القراءة مع رسول الله ﷺ فيما جهر فيه رسول الله ﷺ حين سمعوا ذلك من رسول الله ﷺ[1] .

وسئل عبد الله بن عمر هل يقرأ أحد خلف الإمام؟ فقال : "إذا صلى أحدكم خلف الإمام فحسبه قراءة الإمام وإذا صلى وحده فليقرأ .

قال نافع : وكان عبد الله بن عمر لا يقرأ خلف الإمام "[2] .

هذا في الجهرية أما السرية فيندب للمأموم قراءة الفاتحة .

قال الإمام مالك : "الأمر عندنا أن يقرأ الرجل وراء الإمام فيما لا يجهر فيه الإمام بالقراءة ، ويترك القراءة فيما يجهر فيه الإمام بالقراءة "[3] .

مراعاة الخلاف في هذه المسألة :

تزول كراهة قراءة الفاتحة للمأموم في الصلاة الجهرية إذا قصد بقراءتها الخروج من الخلاف ورعا واحتياطا .

قال الدسوقي : "ما لم يقصد بها الخروج من خلاف الشافعي وإلا فلا كراهة "[4] .

---

(١) أخرجه مالك في الصلاة باب : ترك القراءة خلف الإمام ، وأبو داود في الصلاة باب : من كره القراءة بفاتحة الكتاب إذا جهر (رقم : ٨٢٦) ، والترمذي في أبواب الصلاة باب : ما جاء في القراءة خلف الإمام إذا جهر (رقم : ١١٦) .

(٢) أخرجه مالك في الموطأ في الصلاة باب : ترك القراءة خلف الإمام فيما يجهر فيه .

(٣) انظر : المرجع السابق .

(٤) حاشية الدسوقي : ١/ ٢٤ .

المسألة الثامنة عشرة : قصر الصلاة.

القصر عند الإمام مالك رحمه الله سنة وليس بواجب[1] .

فقد روي الإمام مالك في الموطأ : أن رجلا سأل عبد الله بن عمر فقال يا أبا عبد الرحمن إننا نجد صلاة الخوف وصلاة الحضر في القرآن ، ولا نجد صلاة السفر ، فقال ابن عمر : "يا ابن أخي إن الله عز وجل بعث إلينا محمدا ﷺ ولا نعلم شيئا ، فإنما نفعل كما رأيناه يفعل"[2] .

قال ابن عبد البر : "وفي هذا الحديث من الفقه أن قصر الصلاة في السفر من غير خوف سنة مسنونة لا فريضة مذكورة في القرآن"[3] .

وهذا ما فهمه الصحابة رضوان الله عليهم :

فقد ثبت عن عائشة رضي الله عنها أنها أتمت صلاتها في السفر[4] ، وهذا يدل على أنها علمت أن القصر ليس بواجب وأنه سنة ، لأنه لا يظن عاقل بها تعمد إفساد صلاتها بالزيادة فيها ما ليس منها عامدة .

قال ابن عبد البر : "وقد روي أن عائشة رضي الله عنها إنما أتمت في السفر لوجوه ، أولاها عندنا بالصواب، أنها علمت من قصر النبي ﷺ لما خير في القصر والإتمام اختار القصر ، ليسر ذلك على أمته ، وقالت : « ما

---

(١) المعونة : ١/ ٢٦٧ ، التفريع : ص ٦٧-٦٨ ، الاستذكار : ٦/ ٣٩ ، المنتقى : ١/ ٢٦٠ ، مواهب الجليل : ٢/ ١٣٩ وما بعدها .

(٢) أخرجه مالك في الصلاة باب : قصر الصلاة في السفر .

(٣) الاستذكار : ٦/ ٣٩ .

(٤) انظر : التمهيد لابن عبد البر : ١١/ ١٧٢ ، الاستذكار : ٦/ ٦٨ .

خير رسول الله ﷺ في أمرين إلا اختار أيسرهما ما لم يكن إثما »[1].

فأخذت هي في خاصتها بغير رخصة إذ كان ذلك مباحا لما في حكم التخيير الذي أذن الله فيه[2].

وعن ابن عمر قال: « صليت مع رسول الله ﷺ بمنى ركعتين، وأبي بكر ركعتين، ومع عمر ركعتين، ومع عثمان صدرا من إمارته ركعتين ثم أتمها»[3].

وسافر سلمان[4] رضي الله عنه مع طائفة من الصحابة نحو ثلاثة عشر رجلا فأرادوه على أن يصلي بهم فأبى، وتقدم بعض القوم وصلى بهم أربع ركعات، فلما قضى الصلاة قال سلمان: "ما لَنا وللمربعة، إنما كان يكفينا ركعتان نصف المربعة" ولم يعد صلاته ولا أمر أحدا بالإعادة بل تمادى وراء إمامه ورأى ذلك مجزئا عنه[5].

---

(١) أخرجه أبو داود في الأدب باب: التجاوز في الأمر (رقم: ٤٧٨٥).

(٢) الاستذكار: ٦/ ٦٨.

(٣) أخرجه البخاري في تقصير الصلاة باب: الصلاة بمنى (رقم: ١٠٣٢).

(٤) سلمان: الفارسي أبو عبد الله مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم يعرف بسلمان الخير أصله من فارس وكان إذا قيل له: ابن من أنت؟ قال: أنا سلمان ابن الإسلام من بني آدم، وهو الذي أشار بحفر الخندق، ولم يفته بعد ذلك مشهد، توفي في آخر خلافة عثمان سنة ٣٥هـ وقيل ٣٦هـ روي عنه ابن عمر وابن عباس وأنس وغيرهم. انظر: الاستيعاب: ٢/ ١٠١٩، طبقات ابن سعد: ٤/ ٥٤، تهذيب الأسماء اللغات: ١/ ٢٢٦-٢٢٨.

(٥) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ٢/ ٥٢٠، الاستذكار: ٦/ ٧١.

وغير ذلك من النقول عن الصحابة رضوان الله عليهم .

وذهب الحنفية وأهل الكوفة[1] والبغداديون من المالكية[2] إلى أن القصر واجب في السفر ، واستدلوا بحديث عائشة رضي الله عنها قالت : «فرضت الصلاة ركعتين ركعتين ثم أقرت صلاة السفر وزيد في صلاة الحضر»[3] .

وحديث ابن عباس رضي الله عنه قال : « فرض الله الصلاة على لسان نبيكم في الحضر أربع ركعات وفي السفر ركعتين وفي الخوف ركعة» [4] .

وحديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال : «صلاة الجمعة ركعتان وصلاة العيدين ركعتان ، وصلاة السفر ركعتان تمام غير قصر ، على لسان نبيكم ﷺ وقد خاب من افترى»[5] .

وعلى هذا فإن من أتم في السفر عامدا بطلت صلاته وعليه الإعادة[6] .

مراعاة الخلاف في هذه المسألة :

سئل الإمام مالك رحمه الله فيمن مر بقوم فصلى معهم فلما صلوا ركعتين سلم إمامهم فتبين له أنهم مقيمون وسبقوه بركعتين ، وكان يظن أنهم قوم سفر ، قال : "يعيد أحب إليّ" .

---

(١) فتح القدير : ١/ ٤٠٥ ، الدر المختار : ١/ ٧٣٣-٧٣٦ .

(٢) المعونة : ١/ ٢٦٧ ، المنتقى : ١/ ٢٦٠ .

(٣) أخرجه البخاري في الصلاة باب : كيف فرضت الصلاة في الإسراء (رقم : ٣٤٣) ، ومسلم في صلاة المسافرين باب : صلاة المسافرين وقصرها (رقم : ٦٨٥) .

(٤) أخرجه مسلم في صلاة المسافرين باب : صلاة المسافرين وقصرها (رقم : ٦٨٧) .

(٥) أخرجه النسائي في الجمعة باب : عدد صلاة الجمعة (رقم : ١٤٢٠) .

(٦) انظر : الاستذكار : ٦/ ٦٣-٦٤ .

أي: يعيد في الوقت وخارجه، أتم صلاته بعد صلاة الإمام أو سلم معه من الركعتين[1].

فقد راعى الإمام مالك في هذه الفتوى من قال بوجوب القصر، وأمر المسافر الذي أتم، بالقصر وإعادة الصلاة في الوقت وخارجه، أتم صلاته بعد صلاة الإمام أو سلم معه من الركعتين، وهذا ما اختاره ابن القاسم وابن المواز[2].

المسألة التاسعة عشرة: تكبيرات صلاة الجنازة:

ذهب المالكية وجمهور الفقهاء إلى أن صلاة الجنازة أربع تكبيرات[3].

لحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ: «نعى النجاشي للناس في اليوم الذي مات فيه وخرج بهم إلى المصلى فصف بهم وكبر أربع تكبيرات»[4].

فإن زاد وكبر الإمام خمسا لا تفسد صلاته مراعاة لمن يكبر خمسا وهو مذهب بعض الصحابة كزيد بن أرقم[5] وعبد الله بن مسعود وحذيفة بن

(١) البيان والتحصيل: ٢/ ١٥٠.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المدونة: ١/ ١٦٠، الرسالة لابن أبي زيد القيرواني: ص ١٥٣، المعونة: ١/ ٣٤٨، المنتقى: ٢/ ١٢، الاستذكار: ٨/ ٢٣٨.

(٤) أخرجه مالك في الجنائز باب: التكبير على الجنائز (رقم: ١١٨٨)، والبخاري في الجنائز باب: الرجل ينعي إلى أهل الميت بنفسه (رقم: ١١٨٨)، ومسلم في الجنائز باب: في التكبير على الجنازة (رقم: ٩٥١).

(٥) زيد بن أرقم: بن قيس بن مالك بن ثعلبة الأنصاري الخزرجي، اختلف في كنيته، =

اليمان وأصحاب معاذ بن جبل وعبد الرحمن بن أبي ليلى[1] ، فقد روى عبد الرحمن بن أبي ليلى قال: "كان زيد يكبر على الجنائز أربعا وأنه كبر على جنازة خمسا فسألته فقال: «كان رسول الله ﷺ يكبرها »[2].

واختلف المالكية في المأموم إذا كان الإمام يكبر خمسا هل يتبعه أو يقطع صلاته ؟ قولان:

القول الأول: يقطع المأموم ولا يتبعه ، رواه ابن القاسم عن الإمام مالك ودليله:

انعقاد الإجماع في زمن عمر بن الخطاب على أربع تكبيرات فارتفع الخلاف.

التكبير خمس تكبيرات أصبح شعار أهل البدع فيجب إظهار الخلاف عليهم[3].

= غزا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم سبع عشرة غزوة ، نزل الكوفة وسكنها وابتنى دارا. توفي سنة ٦٨هـ. انظر: الاستيعاب: ٢/ ٨٤٢ ، تهذيب الأسماء واللغات: ١/ ١٩٩ ، تهذيب التهذيب: ١/ ٢٤٧ .

(١) عبد الرحمن بن أبي ليلى: أبو عيسى الأنصاري الكوفي الفقيه الإمام الحافظ حدث عن عمر وعلي وأبي ذر وابن مسعود وغيرهم وحدث عنه عمرو بن مرة والحكم والأعشى قتل سنة ٨٢هـ وقيل سنة ٨٣هـ. انظر: تذكرة الحفاظ: ١/ ٥٨ ، سير أعلام النبلاء: ٥/ ٢٤٥ .

(٢) أخرجه مسلم في صلاة الجنائز باب: الصلاة على القبر (رقم: ٩٥٧) ، وأبو داود في الجنائز باب: التكبير على الجنازة (رقم: ٣١٩٧).

(٣) البيان والتحصيل: ٢/ ٢١٥ ، المنتقى: ٢/ ١٢ .

القول الثاني: يسكت المأموم ولا يكبر معه فإذا سلم سلم معه وهو قول ابن وهب وأشهب وعبد الملك ومطرف ودليلهم:

لم ينعقد الإجماع على أربع تكبيرات لمخالفة بعض الصحابة رضوان الله عليهم.

لا تفسد الصلاة إذا كان الإمام من أهل الدين والسنة لأنه يكون على اطلاع باختلاف العلماء في هذه المسألة.

ثم إن الخطأ هو في زيادة التكبير فلا يتبعه فيه، وزيادة القيام في الصلاة لا يمنع منه ولا يمنع صحة الصلاة، فيقوم حتى يسلم بسلامه.

وأما إن كان الإمام من أهل البدع فلا يصلي معه ولا يقتدي به كبر أربعا أو خمسا[1].

مراعاة الخلاف في هذه المسألة:

والقول الأول هو المشهور إلا أن المالكية قالوا إن انتظر، صحت الصلاة مراعاة لما ذهب إليه أصحاب القول الثاني[2].

المسألة العشرون: قراءة الفاتحة في صلاة الجنازة:

اختلف العلماء في قراءة الفاتحة في صلاة الجنازة.

فقال الشافعية[3] والحنابلة[4] يسن قراءة أم القرآن في أول تكبيرة في

---

(١) المنتقى: ٢/ ١٢.

(٢) حاشية الدسوقي: ١/ ٤١١.

(٣) الحاوي: ٣/ ٢٢٢، مغني المحتاج: ١/ ٣٤١.

(٤) المغني: ٢/ ٤٨٥، كشاف القناع: ٢/ ١٣٠-١٣٥.

صلاة الجنازة وقد روي ذلك عن جماعة من الصحابة والتابعين بمكة والمدينة والبصرة[1].

وقد استدلوا على سنية قراءة الفاتحة في صلاة الجنازة بما يلي:

ما روي عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قرأ بفاتحة الكتاب في صلاة الجنازة حتى أسمع من خلفه فلما سئل عن ذلك قال: "إنما جهرت لتعلموا أنها سنة "[2].

وبحديث جابر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ «كبر على الجنازة أربعا وقرأ بفاتحة الكتاب بعد التكبيرة الأولى»[3].

أما المالكية فأركان صلاة الجنازة عندهم: النية، وأربع تكبيرات، والدعاء للميت عقب كل تكبيرة، وتسليمة واحدة بعد التكبيرة الرابعة، ولا يقرأ فيها بشيء من القرآن[4].

واستدلوا بما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه سئل كيف نصلي على الجنازة فقال أبو هريرة: «أنا لعمر الله أخبرك: أَتَّبِعُهَا عن أهلها، فإذا

---

(١) الاستذكار: ٨/ ٢٦٤.

(٢) أخرجه البخاري في الجنائز باب: قراءة فاتحة الكتاب على الجنائز (رقم: ١٢٧٠)، وأبو داود في الجنائز باب: ما يقرأ في الجنازة (رقم: ٣١٩٨).

(٣) رواه الشافعي في الأم: ١/ ٢٧٠، باب الصلاة على الجنازة والتكبير فيها، والبيهقي في سننه الكبرى: ٤/ ٣٩، وفي إسناده عبد الله بن محمد بن عقيل بن أبي طالب صدوق في حديثه لين، انظر: تقريب التهذيب: ١/ ٤٤٧.

(٤) المنتقى: ٢/ ١٦، المعونة: ١/ ٣٤٩، الاستذكار: ٨/ ٢٦٢.

وضعت كبرت وحمدت الله وصليت على نبيه ، ثم أقول : اللهم إنه عبدك ابن عبدك وابن أمتك كان يشهد أن لا إله إلا أنت وأن محمدا عبدك ورسولك وأنت أعلم به ، اللهم إن كان محسنا فزد في إحسانه وإن كان مسيئا فتجاوز عن سيئاته ، اللهم لا تحرمنا أجره ولا تفتنا بعده»[1] .

فلم يقرأ أبو هريرة بأم القرآن فدل على عدم سنيتها .

قال الإمام مالك عن حديث أبي هريرة : "هذا أحسن ما سمعت في الدعاء على الجنائز "[2] .

وروى مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر كان لا يقرأ في الصلاة على الجنازة[3] ، والمعروف عن عبد الله بن عمر حرصه الشديد في اتباع سنة رسول الله ﷺ ، ولو كانت قراءة الفاتحة في صلاة الجنازة سنة لما تركها عبد الله بن عمر .

واستدل الإمام مالك بعمل أهل المدينة ، فقد تواتر عنهم عدم قراءة الفاتحة[4] ، قال الإمام مالك : " الصلاة في الجنازة إنما هو دعاء وإنما فاتحة الكتاب ليس بمعمول بها في بلدنا " .

وقالوا : لأن كل صلاة لا ركوع فيها لم يكن من سنتها قراءة ، أصله الطواف ، ولأنه ركن من أركان الصلاة منفرد فلم يكن فيه قراءة أصله

---

(١) أخرجه مالك في الجنائز باب : ما يقول المصلي على الجنازة .

(٢) التاج والإكليل : ٢/ ٢١٤ .

(٣) أخرجه مالك في الجنائز باب : ما يقول المصلي على الجنازة .

(٤) انظر : الاستذكار : ٨/ ٢٦٢ ، المنتقى : ٢/ ١٦ .

سجود التلاوة[1] .

مراعاة الخلاف في هذه المسألة:

أجاز المالكية قراءة الفاتحة بعد إحدى التكبيرات بنية الخروج من الخلاف إعمالا لأدلة الشافعية والحنابلة ، لكنهم اشترطوا بعض الدعاء مع قراءة الفاتحة لتصير الصلاة صحيحة باتفاق لأن الدعاء ركن عند المالكية[2] .

ووجه قراءة الفاتحة الورع والاحتياط في الدين .

---

(١) المعونة : ١/ ٣٤٩ .

(٢) الفواكه الدواني : ١/ ٢٠٥ ، أسهل المدارك : ١/ ١٢٠ .

المبحث الثالث

أثر مراعاة الخلاف في الزكاة والصوم

المسألة الأولى : اشتراط الحول لإخراج الزكاة :

اتفق جمهور العلماء على أن من شروط وجوب الزكاة حولان الحول ، لقول النبي ﷺ : «لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول» [1] .

ومثل ذلك روي عن ابن عمر رضي الله عنهما[2] .

وكان أبو بكر الصديق رضي الله عنه لا يأخذ من مال زكاة حتى يحول عليه الحول .

وقد روي أنه كان إذا أعطى الناس أعطياتهم يسأل الرجل : "هل عندك من مالك وجبت عليك فيه الزكاة؟ فإذا قال : نعم ، أخذ من عطائه زكاة المال ، وإن قال : لا ، أسلم إليه عطاءه ولم يأخذ منه شيئا" [3] .

وخالف ابن عباس رضي الله عنه وقال في الرجل يستفيد المال : "يزكيه يوم يستفيده" [4] .

---

(١) أخرجه أبو داود في الزكاة باب : زكاة السائمة (رقم : ١٥٧٣) عن الحارث الأعور ضعفه الجمهور ، وأخرجه ابن ماجة في الزكاة باب : من استفاد مالا (رقم : ١٧٩٢)، والحديث رواه الترمذي من حديث ابن عمر مرفوعا وموقوفا (رقم : ٦٣٠) .

(٢) أخرجه مالك في الزكاة باب : الزكاة في العين من الذهب والورق .

(٣) المرجع السابق ، ومصنف عبد الرزاق : ٤/ ٧٦ ، وسنن البيهقي : ٤/ ١٠٩ .

(٤) مصنف ابن أبي شبة : ٣/ ١٦٠ ، التمهيد لابن عبد البر : ٢/ ١٥٦ .

وكذلك فعل معاوية بن أبي سفيان رضي الله عنه[١] .

قال ابن شهاب : "أول من أخذ من الأعطية الزكاة معاوية "[٢] .

يريد أخذ منها في حين العطاء ، لا أنه أخذ منها عن غيرها مما حال عليه الحول عند ربه المستحق للعطية .

وكذلك فعل عبد الله بن مسعود وعمر بن عبد العزيز[٣] .

مراعاة الخلاف في هذه المسألة :

وقد راعى الإمام مالك هذا القول حين سئل عن الساعي يخرج قبل الوقت فيأخذ من قوم ظلما "أترى أن تحسب في صدقاتهم؟ قال : فإنها تحسب في صدقاتهم وتجزئهم وتلا قوله تعالى : ﴿**إِنَّمَا السَّبِيلُ عَلَى الَّذِينَ يَظْلِمُونَ النَّاسَ**﴾[٤] "[٥] .

والمشهور في المذهب أنها لا تحسب في صدقاتهم ، وهو قول الإمام مالك أيضا ، وقال : هو ظلم ظلموا به وعليهم الصدقة إذا حل الحول .

إلا أن الإمام مالكا راعى قول من لم يشترط الحول في الزكاة تخفيفا على الذين أخذت منهم قبل الحول ظلما[٦] .

---

(١) انظر : الاستذكار : ٩/ ٣٢ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) المرجع السابق .

(٤) الشورى/ ٤٢ .

(٥) البيان والتحصيل : ٢/ ٤٣١ .

(٦) المرجع السابق .

قال ابن رشد معللا فتوى الإمام مالك: "مراعاة لقول من يقول إن الزكاة تجب في المال ساعة يستفاد قبل أن يحول عليه الحول"[1].

المسألة الثانية: وقت خروج السعاة للزكاة:

قال الشافعية ينبغي أن يخرج الساعي لأخذ زكاة الماشية في محرم[2].

قال الماوردي: "فينبغي أن يكون مجيء الساعي معروفا ليتأهب أرباب الأموال لدفعها ويتأهب الفقراء لأخذها، ويختار أن يكون ذلك في المُحَرَّم، ولأن العمل جار به ولأن المحرم رأس السنة ومنه التاريخ، وقد كان المسلمون يؤرخون من شهر ربيع الأول لوقوع الهجرة فيه ثم رأوا تقديمه إلى المحرم لأنه أول السنة"[3].

ودليلهم ما روي عن عثمان بن عفان رضي الله عنه أنه قال: "هذا شهر زكاتكم، فمن كان عليه دين فليقضه وليزك بقية ماله"[4].

أما الإمام مالك رحمه الله فقد علق خروج الساعي بطلوع الثريا[5] أي: بالحساب الشمسي في منتصف شهر أيار وهو مايو[6].

---

(١) المرجع السابق.

(٢) الحاوي: ٤/ ١١٩.

(٣) المرجع السابق.

(٤) أخرجه مالك في الزكاة باب: الزكاة في الدين، والشافعي في الأم: ٢/ ٥٠، والبيهقي في السنن الكبرى: ٤/ ١٤٨.

(٥) الثريا: النجم. انظر: مختار الصحاح: ص ٨٣، النهاية في غريب الحديث: ١/ ٢١٠.

(٦) مواهب الجليل: ٢/ ٢٧٠.

قال الإمام مالك في المدونة: "سنة السعاة أن يبعثوا قبل الصيف وحين تطلع الثريا مع طلوع الفجر"[1].

لكن الحساب بالسنوات الشمسية يؤدي إلى سقوط عام في نحو ثلاثين سنة.

وأجاب القرافي عن إسقاط السنة بقوله: "إن ذلك مغتفر لأجل أن الماشية تكتفي في زمن الشتاء بالحشيش عن الماء، فإذا أقبل الصيف اجتمعت على المياه، فلا تتكلف السعاة كثرة الحركة"[2].

ولأنه عمل أهل المدينة[3].

وقال ابن عرفة: "البعث حينئذ لمصلحة الفريقين لا لأنه حول لكل الناس بل كل على حوله القمري، فاللازم فيمن بلغت أحواله من الشمسية ما تزيد عليه القمرية حولا كأنه في العام الزائد كمن تخلف ساعيه، لا سقوطه"[4].

وقالوا: إن عثمان بن عفان رضي الله عنه لم يحدد وقت إخراج الزكاة وإنما أمر بقضاء الدين قبل حلول الصدقة في المال.

مراعاة الخلاف في هذه المسألة:

راعى الإمام ابن عبد السلام مذهب الإمام الشافعي، وقال: "يطلب

---

(١) المرجع السابق.

(٢) الذخيرة: ٣/ ١٠١.

(٣) مواهب الجليل: ٢/ ٢٧٠.

(٤) المرجع السابق.

منهم أي السعاة في أول السنة ـ وهو المحرم ـ في أي فصل كان ، لأن الأحكام الشرعية إنما هي منوطة في الغالب بالسنين القمرية ، ولو قلنا بما قال أهل المذهب لأدى إلى سقوط عام في نحو ثلاثين عاما وما قلناه هو مذهب الشافعي "[١] .

المسألة الثالثة : تبييت النية في صوم رمضان :

عند المالكية تكفي في صوم رمضان نية واحدة في أول ليلة من بعد الغروب ، وكذلك في كل صوم يجب تتابعه مثل كفارة القتل والظهار والفطر في رمضان ، والصوم المنذور ، فتكفي في ذلك كله نية واحدة[٢] .

قال خليل : " وكفت نية لما يجب تتابعه "[٣] .

واستدل المالكية بقول النبي ﷺ : «وإنما لكل امرئ ما نوى» وهذا قد نوى جميع الشهر فوجب أن يكون له .

ولأن الصوم عبادة واحدة من حيث ارتباط بعضها ببعض وعدم جواز التفريق ، فكفت فيه نية واحدة ، ولأن الصوم يجب في العام مرة فجاز أن تشمله نية واحدة كالزكاة[٤] .

---

(١) المرجع السابق .

(٢) المعونة : ١/ ٤٥٨ ، التفريع : ١/ ٣٠٣ ، المنتقى : ٢/ ٤١ ، الشرح الكبير : ١/ ٩٦، حاشية الدسوقي : ١/ ٥٢١ ، الشرح الصغير : ١/ ٥١٦ .

(٣) مختصر خليل : ص ٨٨ .

(٤) انظر المعونة : ١/ ٤٥٨ ، المنتقى : ٢/ ٤١ .

أما قوله ﷺ: «من لم يبيت الصيام من قبل الفجر فلا صيام له»[1] ففيه نفي جنس الصيام بعدم النية، فوجب أن يبيت جنسه بوجودها.

وذهب الحنفية[2] والشافعية[3] إلى وجوب تبيت النية كل يوم من أيام رمضان.

ودليلهم حديث النبي ﷺ: «من لم يبيت الصيام من قبل الفجر فلا صيام له».

فقد اعتبر تبيت جنس الصيام في جنس الليل، فكل يوم من الصيام يبيت في جنس من الليل فوجب أن يبيت بما يبيت به الأول، بل كل يوم منه عبادة، لأنه لا يتعدى فساده إلى غيره[4].

مراعاة الخلاف في هذه المسألة:

قال المالكية: يندب تبيت النية كل يوم مراعاة لمن حمل الحديث على وجوب التبيت لكل يوم وهم الشافعية والحنفية[5].

ومراعاة الخلاف هنا هي للورع والاحتياط.

(١) أخرجه أحمد في مسنده: ٦/ ٢٨٧، وأبو داود في الصوم باب: النية في الصيام (رقم: ٢٤٥٤)، والترمذي في الصيام باب: ما جاء لمن لم يعزم من الليل (رقم: ٧٢٩)، والنسائي مرفوعا في الصيام باب: ذكر اختلاف الناقلين لخبر حفصة في النية في الصيام (رقم: ٢٣٣١).

(٢) بدائع الصنائع: ٢/ ٨٥، فتح القدير: ٢/ ٤٣-٥٠.

(٣) الحاوي: ٣/ ٢٤٧، مغني المحتاج: ١/ ٤٢٣ وما بعدها.

(٤) الحاوي: ٣/ ٢٤٧.

(٥) أسهل المدارك: ١/ ١٤٤.

المسألة الرابعة : قضاء من أفطر في التطوع :

قال الإمام الشافعي : من أفطر في صيام التطوع متعمدا لا قضاء عليه[1] .

واستدل بحديث أم هانئ[2] قالت : " لما كان يوم فتح مكة جاءت فاطمة[3] فجلست عن يسار رسول الله صلى الله عليه وسلم وأم هانئ عن يمينه ، قالت : فجاءت الوليدة بإناء فيه شراب فناولته فشرب منه ثم ناوله أم هانئ فشربت منه ، قالت : يا رسول الله لقد أفطرت وكنت صائمة ، فقال لها : أكنت تقضين شيئا ؟ قالت : لا ، قال : فلا يضرك إن كان تطوعا "[4] .

---

(١) الحاوي : ٣/ ٣٣٦ وما بعدها ، مغني المحتاج : ١/ ٤٣٧-٤٤٨ .

(٢) أم هانئ : بنت أبي طالب بن عبد المطلب بن هاشم أخت علي بن أبي طالب اختلف في اسمها فقيل هند وقيل فاختة أسلمت عام الفتح كانت تحت هبيرة بن أبي وهب هرب عند فتح مكة إلى نجران بعد فتح مكة ، روت أم هانئ عن النبي ﷺ أحاديث في الكتب الستة قال الترمذي : عاشت بعد علي . انظر الاستيعاب : ٤/ ٣٦٥٦ ، الإصابة : ٤/ ٤٨٠ .

(٣) فاطمة : بنت رسول الله ﷺ سيدة نساء العالمين كانت هي وأختها أم كلثوم أصغر بنات رسول الله ﷺ تزوجت علي بن أبي طالب وولد لها الحسن والحسين وأم كلثوم وزينب ولم يتزوج علي عليها حتى ماتت ، توفيت بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم بستة أشهر . انظر : الاستيعاب : ٤/ ٣٤٩١ ، أعلام النساء : ٤/ ١٠٨ ، تهذيب التهذيب : ١٢/ ٤٤٠ .

(٤) أخرجه مالك في الصيام باب : قضاء التطوع ، وأحمد : ٦/ ٣٤٢-٤٢٤ ، وأبو داود في الصوم باب : الرخصة في ذلك (رقم : ٢٤٥٥) ، والترمذي في الصوم باب : ما جاء في إفطار الصائم المتطوع (رقم : ٧٣٠) .

وعن عائشة رضي الله عنها قالت: "دخل علي رسول الله ﷺ فقلت: إنا خبأنا لك حيسا[1]، فقال: «إني كنت أريد الصوم ولكن قدميه»[2].

وعن جابر رضي الله عنه قال: «خرج النبي صلى الله عليه وسلم من المدينة حتى إذا كان بكراع الغميم[3] وهو صائم رفع إناء فوضعه على يده وهو على الرحل فشرب والناس ينظرون»[4].

وقال رسول الله ﷺ: «الصائم المتطوع أمير نفسه إن شاء صام وإن شاء أفطر»[5].

وكذلك من أكل ناسيا في رمضان لا قضاء عليه عند الحنفية والشافعية لحديث أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «من أكل أو شرب في صومه ناسيا فليتم صومه فإن الله أطعمه وسقاه»[6].

وقال المالكية: من أفطر متعمدا في صيام التطوع وجب عليه القضاء

---

(١) حيسا: التمر مع السمن. انظر النهاية في غريب الحديث والأثر: ٢/ ٤٦٧.

(٢) أخرجه مسلم في الصيام باب: جواز صوم النافلة بنية النهار قبل الزوال (رقم: ١١٥٤)، وأبو داود في الصوم باب: الرخصة في ذلك (رقم: ٢٤٥٥)، والترمذي في الصيام باب: صيام المتطوع بغير تبييت (رقم: ٧٣٢-٧٣٣).

(٣) كراع الغميم: الكراع جبل أسود والغميم واد أمام عسفان. (معجم ما استعجم: ٤/ ٩٥٦).

(٤) أخرجه مسلم في الصيام باب: جواز الصوم والفطر في شهر رمضان للمسافر (رقم: ١١١٤)، والترمذي في الصوم باب: ما جاء في كراهية الصوم في السفر (رقم: ٧٠٩).

(٥) أخرجه الحاكم: ١/ ٤٣٩، والدراقطني: ٢/ ١٧٥.

(٦) أخرجه الإمام أحمد: ٢/ ٤٨٩.

لحديث ابن شهاب أن عائشة وحفصة زوجي النبي صلى الله عليه وسلم أصبحتا صائمتين متطوعتين فأهدي لهما طعام فأفطرتا عليه ، فدخل عليهما رسول الله ﷺ قالت عائشة : فقالت حفصة وبدرتني بالكلام وكانت بنت أبيها : يا رسول الله ، إني أصبحت أنا وعائشة صائمتين متطوعتين فأهدي إلينا طعام فأفطرنا عليه ، فقال رسول الله : «أقضيا مكانه يوما آخر»[1] .

وقال الله تعالى : ﴿وَمَن يُعَظِّمْ حُرُمَاتِ اللَّهِ فَهُوَ خَيْرٌ لَّهُ﴾[2] .

وليس من أفطر متعمدا بعد دخوله في الصوم بمعظم لحرمة الصوم وقد أبطل عمله .

و قال الله تعالى : ﴿ثُمَّ أَتِمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ﴾[3]وهو يقتضي عموم الفرض والنافلة كما قال عز وجل : ﴿وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ﴾[4] وقد أجمعوا أن المفسد لحجة التطوع أو عمرته أن عليه القضاء ، فالقياس على هذا الإجماع إيجاب القضاء على المفسد صومه عامدا[5] .

وروي أن النبي ﷺ قدم إليه سمن وتمر وهو صائم ، فقال : «ردوا تمركم في وعائه وسمنكم في سقائه فإني صائم»[6] فلم يفطر النبي ﷺ بل

(١) مالك في الصوم باب : قضاء التطوع ، وأحمد : ٦/ ٢٦٣ ، والترمذي في الصوم باب : ما جاء في إيجاب القضاء عليه (رقم : ٧٣٤) .

(٢) الحج / ٣٠ .

(٣) البقرة / ١٨٧ .

(٤) البقرة / ١٩٦ .

(٥) انظر الاستذكار : ١٠/ ٢٠٨ .

(٦) أخرجه البخاري في الصوم باب : من زار قوما فلم يفطر عندهم (رقم : ١٨٨١) ، =

أتم صيامه إلى الليل على ظاهر قوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَتِمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ﴾ .

وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «إذا دعي أحدكم إلى طعام فليجب فإن كان مفطرا فليأكل وإن كان صائما فلا يأكل»[1] .

قالوا: لو كان الفطر في التطوع حسنا لكان أفضل ذلك وأحسنه في إجابة الدعوة التي هي سنة مسنونة فلما لم يكن ذلك كذلك علم أن الفطر في التطوع لا يجوز.

وروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال: «لا تصوم امرأة وزوجها شاهد من غير شهر رمضان إلا بإذنه»[2] .

وفي هذا أن المتطوع لا يفطر ولا يفطره غيره لأنه لو كان للرجل أن يفسد عليها ما احتاجت إلى إذنه ، ولو كان مباحا كان إذنه لا معنى له[3] .

وكذلك الحكم فيمن أكل ساهيا أو ناسيا في رمضان يجب عليه القضاء.

= وأحمد في مسنده: ٣/ ١٠٨-١٨٨ .

(١) أخرجه أحمد: ٢/ ٢٧٩ ، وأبو داود في الصوم باب: في الصائم يدعى إلى وليمة (رقم: ٢٤٦) ، والترمذي في الصوم باب: ما جاء في إجابة الصائم الدعوة (رقم: ٧٨٠).

(٢) أخرجه البخاري في النكاح باب: صوم المرأة بإذن زوجها تطوعا (رقم: ٤٨٩٦)، ومسلم في الزكاة باب: ما أنفق العبد من مال مولاه (رقم: ١٠٢٦).

(٣) الاستذكار: ١٠/ ٢١١ .

قال الإمام مالك: "من أكل وشرب في رمضان ساهيا أو ناسيا أو ما كان من صيام واجب عليه، أن عليه قضاء يوم مكانه"[1].

وقالوا: والدليل على صحة ما يقوله أن ما يفسد الصوم بعدمه على وجه العمد فإنه يفسد بعدمه على وجه النسيان كالنية[2].

مراعاة الخلاف في هذه المسألة:

إلا أن المالكية قد راعوا مذهب المخالف في مسألتين:

المسألة الأولى: استحباب القضاء لمن أكل ناسيا في التطوع قال ابن رشد في توجيه الاستحباب: "مراعاة لمن يجيز الفطر في صيام التطوع عامدا، ومنهم من يكرهه ولا يرى عليه قضاء إن فعله وهو مذهب الشافعي، ومنهم من لا يوجب القضاء على من أكل في رمضان ناسيا"[3].

المسألة الثانية: من حلف بالطلاق أو غيره أن يصوم غدا فيصبح صائما ثم يأكل ناسيا، قال ابن القاسم: "لا حنث عليه مراعاة لمن يقول لا قضاء على الناسي في رمضان ولا المتعمد في التطوع"[4].

قال ابن رشد في توجيه هذه الفتوى: "مراعاة الخلاف في عدم وجوب القضاء على من أفطر في التطوع متعمدا أو في رمضان ناسيا"[5].

---

(١) المنتقى: ٢/ ٦٥.

(٢) المرجع السابق.

(٣) البيان والتحصيل: ٢/ ٣٣٤.

(٤) المرجع السابق: ٢/ ٣١٨-٣٣٤.

(٥) المرجع السابق.

المبحث الرابع

أثر مراعاة الخلاف في الحج والذبائح

المسألة الأولى : النيابة في الحج :

أجاز جمهور الفقهاء النيابة في الحج عن الحي والميت لأن الاستطاعة عندهم بدنية ، أي : مباشرة الحج أو العمرة بنفسه ، أومالية إن لم يستطع ببدنه فينيب عنه شخصا يحج عنه ، وإذا مات جاز أن يحج عنه ولو لم يوص بذلك[1] .

ودليلهم : ما رواه أنس بن مالك رضي الله عنه في قوله تعالى : ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلاً﴾[2] قيل يا رسول الله ما السبيل؟ قال : «**الزاد والراحلة**»[3] .

وما رواه ابن عباس رضي الله عنه أن امرأة من خثعم قالت : يا رسول الله إن فريضة الله في الحج أدركت أبي شيخا كبيرا لا يستطيع أن يثبت على الراحلة ، أفأحج عنه؟ قال : «نعم»[4] .

---

(١) انظر بدائع الصنائع : ٢/ ١٢٤-٢١٢ ، الدر المختار : ٢/ ٣٢٦-٣٣٣ ، بداية المجتهد : ١/ ٣٠٩ ، مغني المحتاج : ١/ ٤٦٨ ، المغني : ٣/ ٢٢٧ ، الفقه الإسلامي وأدلته : ٣/ ٤٠ .

(٢) آل عمران / ٩٧ .

(٣) أخرجه الترمذي في الحج باب : ما جاء في إيجاب الحج بالزاد والراحلة (رقم : ٨١٢) ، وابن ماجة في المناسك باب : ما يوجب الحج (رقم : ٢٨٩٧) ، والبيهقي في السنن : ٤/ ٣٣ .

(٤) أخرجه البخاري في الحج باب : وجوب الحج وفضله (رقم : ١٤٤٢) ، ومسلم في=

وبما رواه ابن عباس رضي الله عنهما أيضا أنه قال: أتى رجل النبي ﷺ فقال له: "إن أختي نَذرت أن تحج وإنها ماتت، فقال النبي صلى الله عليه وسلّم: «لو كان عليها دين أكنت قاضيه؟» قال: نعم، قال: «فاقض الله، فهو أحق بالقضاء»[1].

وقال المالكية: لا تجوز النيابة في الحج عن الحي مطلقا، ولا عن الميت إلا أن يوصي بذلك فيكون في ثلثه[2].

ودليلهم: قوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلاً﴾.

والاستطاعة عند الإمام مالك هي الاستطاعة على الوصول إلى البيت من غير خروج عن عادة، وذلك يختلف باختلاف أحوال الناس، فمن كانت عادته السفر ماشيا واستطاع أن يتوصل إلى الحج بذلك لزمه الحج وإن لم يجد راحلة، ومن كانت عادته سؤال الناس وتكففهم وأمكنه التوصل به لزمه الحج وإن لم يجد زادا، ومن كانت عادته الركوب والغنى عن الناس وتعذر عليه في التوصل إلى الحج أحدهما لم يلزمه الحج[3].

وقد حمل الإمام مالك حديث أنس على من لا يستطع المشي ولا قوة له

= الحج باب الحج عن العاجز، ومالك في الحج باب: الحج عمن يحج عنه (رقم: ١٣٣٤).

(١) أخرجه البخاري في الأيمان والنذور باب: من مات وعليه نذر (رقم: ٦٣٢١)، والنسائي في مناسك الحج باب: الحج عن الميت الذي نذر أن يحج (رقم: ٢٦٣٣).

(٢) انظر المدونة: ١/ ٣٦٠، المعونة: ١/ ٥٠٣، الذخيرة: ٣/ ١٩٣، مواهب الجليل: ٣/ ٢-٣، الشرح الصغير: ٢/ ١٥.

(٣) المنتقى: ٢/ ٢٦٩.

على الاكتساب في الطريق .

قال أشهب : قيل لمالك : "الاستطاعة الزاد والراحلة؟ قال : لا والله ما ذاك إلا على قدر طاقة الناس فرب رجل يجد زادا وراحلة ولا يقدر على المسير، وآخر يقوى يمشي على راحلته ، وإنما هو كما قال تعالى : ﴿ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلاً﴾[1] .

ولأن الحج عبادة على البدن فلم يلزم أداؤها عنه في المال كالصلاة ، ولأنها عبادة تدخلها الكفارات فلم تلزم بعد الموت أصله الصيام[2] .

وقال بعض المالكية : حديث الخثعمية خاص بأبيها ، لا يجوز أن يتعدى به إلى غيره بدليل قوله تعالى : ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلاً﴾ .

ولم يكن أبو الخثعمية ممن يلزمه الحج لما لم يستطع إليه سبيلا فخص بأن يقضى عنه وينفعه ذلك ، وخصت ابنته أيضا أن تحج عن أبيها وهو حي .

كما خص سالم مولى أبي حذيفة[3] برضاعه في حال الكبر[4] .

---

(١) الاستذكار : ١٢/ ٥٢ .

(٢) المعونة : ١/ ٥٠٣ .

(٣) سالم مولى أبي حذيفة : سالم بن معقل مولى أبي حذيفة بن عتبة بن ربيعة يكنى أبا عبد الله ، كان من أهل فارس وكان من فضلاء الموالي ومن خيار الصحابة وكبارهم شهد بدرا وقتل يوم اليمامة شهيدا هو ومولاه أبو حذيفة فوجد رأس أحدهما عند رجلي الآخر وذلك سنة ١٢هـ . انظر : الاستيعاب : ٢/ ٨٨٢ ، الإصابة : ٢/ ٦ ، طبقات ابن سعد : ٣/ ٤٨٠ .

(٤) الاستذكار : ١٢/ ٥٩ ٦٠ .

مراعاة الخلاف في هذه المسألة :

إلا أن الإمام مالكا رحمه الله راعى قول من أجاز النيابة في الحج واستحب لمن وعد أباه أن يمشي عنه أن يفي عنه بما وعده به لوجوب الوفاء بالعهد في الجائزات[1] .

قال المالكية : مراعاة لمن أجاز النيابة في الحج[2] .

المسألة الثانية : ما ينعقد به الإحرام :

اشترط الحنفية لانعقاد الإحرام النطق به وأن يضم إليه أحد شيئين إما التلبية أو سوق الهدي ، فإن ساق الهدي انعقد إحرامه وإن لم يلب ، وإن لم يسق الهدي لم ينعقد إحرامه إلا أن يلبي[3] .

واستدلوا على ذلك :

بحديث ابن عمر رضي الله عنهما قال : «أهلّ النبي ﷺ حين استوت به راحلته قائمة»[4] وحقيقة الإهلال : إظهار الحالة بالتلبية .

ولأنها عبادة يتعلق بإفسادها الكفارة فوجب ألا يصح الدخول فيها بمجرد النية ، كالصلاة لا يدخل فيها بمجرد النية حتى يضم إليها دخول الوقت .

---

(١) البيان والتحصيل : ٤/ ٤٧ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) بدائع الصنائع : ٢/ ١٦١ ، فتح القدير : ٣/ ١٣٤ ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق : ٢/ ٩ .

(٤) أخرجه البخاري في الحج باب : من أهلّ حين استوت به راحلته (رقم : ١٤٧٧) .

- ولأنها عبادة شرع في انتهائها ذكر فاقتضى أن يجب في ابتدائها ذكر كالصلاة[1] .

وقال المالكية : الإحرام هو الاعتقاد بالقلب للدخول في الحج والعمرة، ولا يفتقر إلى تلبية في انعقاده[2] .

واستدلوا على ذلك :

بحديث جابر رضي الله عنه قال : " خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم لا ننوي إلا الحج فلما دنونا من مكة قال : « من لم يكن معه هدي فليجعلها عمرة» "[3] .

فأخبر أنهم أحرموا بمجرد النية ، دون التلبية ولم يكن فيهم من ساق الهدي إلا النبي صلى الله عليه وسلم وطلحة بن عبيد الله[4] فثبت أن الإحرام ينعقد بمجرد النية وإن لم يضم إليه سوق الهدي ولا تلبية .

ولأنها عبادة يصح الخروج منها بغير ذكر فوجب أن يصح الدخول فيها بغير ذكر كالصوم ، ولأن الإحرام ركن من أركان الحج فوجب ألا يكون

---

(١) فتح القدير : ٢/ ١٣٩-١٤٠ .

(٢) المدونة : ١/ ٢٩٥ ، المعونة : ١/ ٥٢٣ ، مواهب الجليل : ٣/ ٤٠ .

(٣) أخرجه مسلم في الحج باب : حجة النبي صلى الله عليه وسلم (رقم : ١٢١٨) .

(٤) طلحة بن عبيد الله : بن عثمان بن عمرو يكنى أبا محمد يعرف بطلحة الفياض آخى رسول الله ﷺ بينه وبين كعب بن مالك شهد أحدا وما بعدها ، وقتل يوم الجمل وهو ابن ستين سنة ، سنة ٣٦هـ وقيل غير ذلك . انظر : الاستيعاب : ٢/ ١٢٨٩ ، الإصابة ٢/ ٢٢٠ .

الذكر فيه شرطا كالوقوف والطواف[1] .

مراعاة الخلاف في هذه المسألة :

قال الشيخ عبد الرحمن الثعالبي[2] في شرحه على جامع الأمهات : " التلفظ أولى للخروج من الخلاف ، فإن أبا حنيفة يقول إنه إن لم ينطق لم ينعقد إحرامه "[3] .

المسألة الثالثة : دخول مكة بغير إحرام :

الداخل إلى مكة إما أن يدخلها وهو يريد النسك ـ الحج أو العمرة ـ فهذا يجب عليه الإحرام من الميقات .

وإما أن يدخلها بغير نية النسك ، فإذا تكرر دخوله مكة لحاجة كالأكرياء والحطابين فهؤلاء لا بأس بدخولهم مكة بغير إحرام ولا خلاف في ذلك لأن المشقة تلحقهم بتكرر الإحرام والإتيان بجميع النسك .

أما إذا لم يتكرر دخوله مكة فاختلف العلماء في إيجاب الإحرام عليه .

فذهب ابن شهاب الزهري[4]، والإمام أحمد[5] ، وداود بن

---

(١) المعونة : ١/ ٥٢٣ .

(٢) عبد الرحمن الثعالبي : أبو زيد عبد الرحمن بن محمد بن مخلوف الثعالبي الجعفري الجزائري الإمام العالم صاحب الجواهر الحسان في تفسير القرآن له شرح على مختصر ابن الحاجب الفرعي في سفرين ، توفي بالجزائر سنة ٨٧٥هـ. انظر : نيل الابتهاج : ص ١٧٣-١٧٥ ، الفكر السامي : ٢/ ٢٦٠ .

(٣) جامع الأمهات مخطوط : ٢/ ٢٥٠ ، مواهب الجليل : ٣/ ٤٠ .

(٤) التمهيد : ٦/ ١٦٢ ، الاستذكار : ١٢/ ٣٥١ .

(٥) المغني : ٣/ ٢١٩ ٢٢٠ .

علي[1] إلى جواز دخوله مكة بغير إحرام .

واستدلوا على ذلك بحديث أنس بن مالك رضي الله عنه « أن رسول الله ﷺ دخل مكة عام الفتح وعلى رأسه المغفر[2]»[3] .

فلو كان محرما لما كان على رأسه المغفر .

وبما روى الإمام نافع : "أن عبد الله بن عمر أقبل من مكة حتى إذا كان بقديد[4] جاءه خبر من المدينة فرجع فدخل بغير إحرام"[5] .

وقالوا : لأنه أحد الحرمين فلم يلزم الإحرام لدخوله كحرم المدينة ، ولأن الوجوب من الشرع ، ولم يرد من الشارع ما يوجب ذلك على كل داخل فتبقى على الأصل[6] .

وذهب الإمام مالك رحمه الله إلى عدم جواز دخوله مكة بغير إحرام ، وروى ابن وهب عن مالك : "لست آخذ بقول ابن شهاب في دخول

---

(١) الاستذكار : ١٣/ ٣٥١ .

(٢) المغفر : ما غطى الرأس من السلاح كالبيضة وشبهها من حديد أو غيره . انظر : النهاية : ٣/ ٣٧٤ .

(٣) أخرجه مالك في الحج باب : جامع الحج والبخاري في اللباس باب : المغفر (رقم : ٥٤٧١) ، وأبو داود في الجهاد باب : قتل الأسير ولا يعرض عليه الإسلام (رقم : ٢٦٨٥) .

(٤) قُديد : بضم أوله على التصغير قرية جامعة قرب مكة : سميت بذلك لتقدد السيول بها . (انظر : معجم ما استعجم : ٤/ ١٠٥٤) .

(٥) أخرجه مالك في الحج باب : جامع الحج .

(٦) الاستذكار : ١٣/ ٣٥١ ، المغني : ٣/ ٢١٩ .

الإنسان مكة بغير إحرام" وكره ذلك[1] .

وقال أيضا : "إنما يكون ذلك على مثل عمل عبد الله بن عمر من القرب، إلا رجلا يأتي بالفاكهة من الطائف أو ينقل الحطب يبيعه فلا أرى بذلك بأسا"[2] .

والدليل لقول مالك؛ أن هذا قاصد إلى مكة لا يتكرر دخوله إليها فيلزمه الإحرام كالقاصد للنسك.

وأما حديث دخول النبي ﷺ مكة وعلى رأسه مغفر فأجاب عنه المالكية بجوابين:

الأول: يجوز ذلك للمحرم للضرورة، ولا ضرورة أشد من الحاجة إلى التوقي في الحرب وهو ﷺ إنما دخلها عنوة.

الثاني: ولو سلم ذلك لكان أمرا يختص به، وقد قال ﷺ: «إن الله حرم مكة فلم تحل لأحد قبلي ولا تحل لأحد بعدي، وإنما أحلت لي ساعة من نهار، وقد عادت حرمتها اليوم كحرمتها بالأمس»[3] .

وقالوا: من نذر مشيا إلى بيت الله إنه لا يدخله إلا محرما بحج أو بعمرة؛ لأنه بلد حرام[4] .

---

(١) التمهيد لابن عبد البر: ٦/ ١٦٢ .

(٢) المرجع السابق.

(٣) أخرجه البخاري في الحج باب: فضل الحرم (رقم: ١٥١٠).

(٤) انظر: الاستذكار: ١٣/ ٣٥١، والمنتقى: ٢/ ٢٠٥ .

ورد مالك على خبر رجوع عبد الله بن عمر بقوله: "ذلك أنه جاءه خبر من جيوش المدينة"[1].

مراعاة الخلاف في هذه المسألة:

إلا أن الإمام مالكا رحمه الله راعى قول شيخه ابن شهاب، في عدم تحميل الداخل مكة بغير احرام فدية لفعله.

قال الإمام مالك: "لا يدخلها أحد من أهل الآفاق إلا محرما، فإن لم يفعل فقد أساء ولا شيء عليه"[2].

قال البراذعي[3]: "ومن دخل مكة بغير إحرام متعمدا أو جاهلا فقد عصى ولا شيء عليه لأن ابن شهاب كان لا يرى بأسا أن تدخل مكة بغير إحرام"[4].

المسألة الرابعة: التطيب قبل الإحرام:

أجمع العلماء على أن الطيب كله يحرم على المحرم بالحج والعمرة في حال إحرامه واختلفوا في جوازه للمحرم عند الإحرام قبل أن يحرم بما يبقى

---

(١) التمهيد: ٦/ ١٦٢.

(٢) الاستذكار: ١٣/ ٣٥١.

(٣) البراذعي: خلف بن أبي القاسم المعروف بالبراذعي الفقيه العالم الإمام من كبار أصحاب ابن أبي زيد والفاسي وبهما تفقه له تآليف مشهورة منها: التهذيب اختصار المدونة ظهرت بركته وعليه عول الناس والتمهيد لمسائل المدونة واختصار والواضحة. لم تذكر وفاته. انظر: الديباج المذهب: ص ١١٢، الفكر السامي: ٢/ ٢٠٩، شجرة النور: ص ١٠٥.

(٤) التهذيب مخطوط

أثره عليه بعد الإحرام.

فذهب جمهور الفقهاء إلى جواز التطيب قبل الإحرام بما شاء من الطيب مما يبقى عليه بعد إحرامه ومما لا يبقى[1] واحتجوا بحديث عائشة رضي الله عنها أنها كانت تطيب النبي صلى الله عليه وسلم حتى قالت: «إني لأرى وبيص[2] الطيب في رأسه و لحيته»[3].

وروي عنها أيضا: "طيبت رسول الله صلى الله عليه وسلم لإحرامه قبل أن يحرم ولحله قبل أن يطوف بالبيت"[4].

وقال الإمام مالك ولا يتطيب الحاج قبل الإحرام بشيء تبقى ريحه بعد الإحرام[5] واحتج بما رواه عطاء بن أبي رباح أن أعرابيا جاء إلى رسول الله ﷺ وهو بحنين وعلى الأعرابي قميص وبه أثر صفرة فقال: يا رسول الله إني أهللت بعمرة فكيف تأمرني أن أصنع؟ فقال له سول الله: «انزع قميصك

---

(١) انظر: فتح القدير: ٢/ ١٣٥٠، الحاوي: ٥/ ١٠٢، مختصر المزني: ص ٦٥، المغني: ٣/ ٢٧٣.

(٢) وبيص الطيب: الوبيص البريق. انظر: النهاية في غريب الحديث: ٥/ ١٤٦.

(٣) أخرجه البخاري في الغسل باب: من تطيب ثم اغتسل وبقى أثر الطيب (رقم: ٢٦٧)، ومسلم في الحج باب: الطيب للمحرم عند الإحرام (رقم: ١١٩٠).

(٤) أخرجه البخاري في الحج باب: الطيب عند الإحرام (رقم: ١٤٦٥)، ومسلم في الحج باب: الطيب للمحرم عند الإحرام (رقم: ١١٨٩).

(٥) انظر المعونة ١/ ٥٣٠، المنتقى: ٢/ ٢٠١، الشرح الكبير ٢/ ٥٨، حاشية الدسوقي: ٢/ ٥٨ ٥٩.

واغسل هذه الصفرة عنك ، وافعل في عمرتك ما تفعل في حجك»[1] .

واعتلوا في دفع حديث عائشة رضي الله عنها بما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما في الطيب عند الإحرام قال : "لئن أُطلى بقطران أحب إليّ من أن أصبح محرما ينضخ مني ريح الطيب" .

فلما بلغ ذلك عائشة رضي الله عنها قالت : "رحم الله أبا عبد الرحمن طيبت رسول الله ﷺ فطاف على نسائه ثم أصبح محرما"[2] .

قال ابن عبد البر : "زاد بعضهم فيه : (أصبح محرما ينضخ طيبا) فقد بان بهذا في حديث عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم طاف على نسائه بعد التطيب ، وإذا طاف عليهن اغتسل لا محالة فكان بين إحرامه وتطيبه غسل"[3] .

وقالوا فكأن عائشة رضي الله عنها إنما أرادت بهذا الحال الاحتجاج على من كره من المحرم بعد إحرامه ريح الطيب كما كره ذلك ابن عمر أما بقاء نفس الطيب على المحرم فلا[4] .

قال الباجي : "أو يحتمل أن يكون في الكلام تقديم وتأخير فيكون

---

(١) أخرجه مالك في الحج باب : ما جاء في الطيب في الحج ، ومسلم في الحج باب : ما يباح للمحرم بحج أو عمرة (رقم : ١١٨٠) .

(٢) أخرجه البخاري في الغسل باب : إذا جامع ثم عاد (رقم : ٢٦٤) ، ومسلم في الحج باب : الطيب المحرم عند الإحرام (رقم : ١١٩٢) .

(٣) انظر الاستذكار : ١١/ ٦٠ .

(٤) المرجع السابق .

تقديره فيطوف على نسائه ينضخ طيبا ثم يصبح محرما ... وهذا هو الأظهر لأن النبي ﷺ كان يتطيب لطوافه على نسائه ثم يقيم ليله ثم يصبح فيغتسل ويحرم ، ولا يكاد أن يبقى مع هذا ريح طيب "[1].

وروي أن عمر بن الخطاب وجد ريح طيب وهوبالشجرة - موضع بطريق المدينة إلى مكة- فقال : " ممن ريح هذا الطيب ، فقال معاوية بن أبي سفيان : مني يا أمير المؤمنين ، فقال : منك لعمر الله ، فقال معاوية : إن حبيبة طيبتني يا أمير المؤمنين ، فقال عمر : عزمت عليك لترجعن فلتغسلنه "[2] .

وقالوا : إن الإحرام يمنع من لبس القمص والسراويلات والخفاف والعمائم ، ويمنع من الطيب ، وقتل الصيد وإمساكه ، فلما أجمعوا أن الرجل إذا لبس قميصا أو سراويل قبل أن يحرم فما أحرم وهو عليه ، أنه يؤمر بنزعه وإن لم ينزعه وتركه كان كمن لبسه في إحرامه لبسا مستقلا ويجب عليه في ذلك ما يجب عليه لو استأنف لبسه بعد إحرامه ، وكذلك لو اصطاد صيدا في الحل وهو حلال فأمسكه في يده ثم أحرم وهو في يده أمر بتخليت ، وإن لم يخله كان إمساكه له بعد إحرامه كابتدائه الصيد وإمساكه في إحرامه .

قالوا : فلما كان ما ذكروا كما وصفنا وجب أن يكون الطيب قبل الإحرام وبعده سواء[3] .

---

(١) المنتقى : ٢/ ٢٠١ .

(٢) أخرجه مالك في الحج باب : ما جاء في الطيب في الحج ، والبيهقي في معرفة السنن : ٧/ ٩٤٨٨ .

(٣) الاستذكار : ١١/ ٥٩ .

مراعاة الخلاف في هذه المسألة :

راعى الإمام مالك من أجاز التطيب قبل الإحرام وقال : " لا بأس أن تختضب المرأة المحرمة وتمتشط بالحناء قبل الإحرام ثم تحرم "[١] .

قال ابن رشد : " مراعاة لقول من يجيز ذلك ، كما أنه لا يرى الفدية على من تطيب لإحرامه قبل أن يحرم ، ولحله قبل أن يطوف بالبيت وإن كان لا يجيز ذلك مراعاة لما جاء في ذلك "[٢] .

المسألة الخامسة : التطيب بعد رمي الجمار وقبل الطواف :

الأصل عند الإمام مالك رحمه الله أن المحرم إذا رمى الجمار وذبح وحلق رأسه يحل له كل شيء إلا الطيب والنساء ، فإذا تطيب فعليه فدية[٣] .

وكان يستدل بحديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه : " إذا رميتم الجمرة وذبحتم وحلقتم فقد حل لكم كل شيء حرم عليكم إلا الطيب والنساء "[٤] .

وبما روي أن الوليد بن عبد الملك[٥] سأل سالم بن عبد الله[٦] وخارجة

---

(١) البيان والتحصيل : ٣/ ٤٧١ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) انظر : البيان والتحصيل : ٣/ ٤٧١ ، الاستذكار : ١١/ ٦٦ .

(٤) أخرجه مالك في الحج باب : الإفاضة ، والبيهقي في السنن : ٥/ ١٣٥ .

(٥) الوليد بن عبد الملك : بن مروان بن الحكم الأموي الدمشقي الخليفة أبو العباس الذي أنشأ جامع بني أمية ، فتح الهند والأندلس وكان يختم القرآن في كل ثلاث ، مات سنة ٥١هـ. انظر : سير أعلام النبلاء : ٥/ ٣٠٥ ، ١/ ١٢٤ .

(٦) سالم بن عبد الله : بن عمر بن الخطاب الإمام الزاهد الحافظ مفتي المدينة أبو عمر القرشي حدث عن أبيه وعن عائشة وأبي هريرة وغيرهم وعنه ابنه أبو بكر وسالم =

ابن زيد بن ثابت[1] -بعد أن رمى الجمرة وحلق رأسه وقبل أن يفيض- عن الطيب ، فنهاه سالم .

وأرخص له خارجة بن زيد بن ثابت[2] .

فعمل الإمام مالك بقول سالم بن عبد الله .

وكان خارجة يستدل بحديث عائشة رضي الله عنها «كنت أطيب النبيّ ﷺ قبل أن يحرم ويوم النحر قبل أن يطوف بالبيت بطيب فيه مسك»[3] .

وهو مذهب الشافعي[4] وأحمد بن حنبل[5] .

مراعاة الخلاف في هذه المسألة:

راعى الإمام مالك مذهب وقول خارجة بن زيد ودليله ولم يوجب الفدية على من تطيب قبل أن يفيض.

فقد سئل ابن القاسم: " أكان مالك يكره أن يتطيب إذا رمى الجمرة

=بن أبي الجعد والزهري مات سنة ١٠٦هـ. انظر: سير أعلام النبلاء: ٥/ ٣٨٢ ، تذكرة الحفاظ: ١/ ٨٨ .

(١) خارجة بن زيد بن ثابت: الفقيه الإمام بن الإمام وأحد الفقهاء السبعة الأعلام ، أبو زيد الأنصاري حدث عن أبيه وعمه زيد وأسامة بن زيد ولم يكن بالمكثر من الحديث روى عنه ابنه سليمان وابن أخيه سعيد بن سليمان وأبو الزناد وابن شهاب مات سنة ٩٩هـ وقيل غير ذلك. انظر: سير أعلام النبلاء: ٥/ ٣٦٨ ، تذكرة الحفاظ: ١/ ٩١ .

(٢) أخرجه مالك في الحج باب: ما جاء في الطيب في الحج.

(٣) أخرجه مسلم في الحج باب: الطيب للمحرم عند الإحرام (رقم: ١١٩١).

(٤) انظر: الحاوي: ٥/ ٢٥٧ .

(٥) المغني: ٣/ ٤٣٨ .

قبل أن يفيض؟

قال: نعم، فإن فعل أترى عليه الفدية؟ قال: لا أرى عليه شيئا لما جاء في ذلك "[1].

قال ابن عبد البر: "راعى مالك الخلاف في هذه المسألة فلم ير بعد رمي الجمار فدية وقبل الإفاضة "[2].

المسألة السادسة: وقت الوقوف بعرفة.

الوقوف بعرفة ركن من أركان الحج من فاته فقد فاته الحج لقول النبي ﷺ: «الحج عرفات»[3] ويبدأ الوقوف من زوال اليوم التاسع إلى طلوع فجر اليوم العاشر من ذي الحجة.

وتتحقق ركنية الوقوف عند المالكية بالوقوف لحظة من ليلة اليوم العاشر وتبدأ الليلة من غروب شمس يوم عرفة إلى أذان فجر يوم النحر، فإن نفر من عرفة قبل الغروب لم يصح حجه، وعليه الحج قابلا.

أما الوقوف نهارا فهو واجب إن فاته بغير عذر فعليه دم ولا يجزئ هذا الحضور عن الحضور ليلة النحر[4].

---

(١) الاستذكار: ١١/ ٦٦.

(٢) المرجع السابق.

(٣) أخرجه أبو داود في الحج باب: من لم يدرك عرفة (رقم: ١٩٤٩)، والترمذي في الحج باب: ما جاء فيمن أدرك الإمام بجمع فقد أدرك الحج (رقم: ٨٩٠).

(٤) المدونة: ١/ ٣١٢، المعونة: ١/ ٥٨٠، الاستذكار: ٣/ ٣١، الذخيرة: ٣/ ٢٥٩، مواهب الجليل: ٣/ ١٨٨وما بعدها الشرح الكبير: ٢/ ٣٧٣٩، حاشية الدسوقي: ٢/ ٣٧١.

واستدل المالكية بحديث جابر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم: "استقبل القبلة فلم يزل واقفا حتى غربت الشمس وذهبت الصفرة قليلا حتى غاب القرص".

وأفعاله ﷺ على الوجوب ولا سيما في الحج؛ وقد قال ﷺ: «خذوا عني مناسككم»[1].

وبما روي عن عبد الله بن عمر أنه كان يقول: "من لم يقف بعرفة من ليلة المزدلفة من قبل أن يطلع الفجر فقد فاته الحج"[2].

وعن عروة بن الزبير[3] أنه قال: "من أدركه الفجر من ليلة المزدلفة ولم يقف بعرفة فقد فاته الحج، ومن وقف بعرفة من ليلة المزدلفة قبل أن يطلع الفجر فقد أدرك الحج"[4].

وقال الحنفية: الوقوف يصح بالليل أوالنهار فإذا وقف بالنهار ودفع قبل غروب الشمس أجزأه حجه، وكان عليه لتركه الوقوف إلى غروب

---

(١) أخرجه مسلم في الحج، باب استحباب رمي جمرة العقبة يوم النحر (رقم: ١٢٩٧).

(٢) أخرجه مالك في الحج باب: وقوف من فاته الحج بعرفة، والبيهقي في السنن: ٥/ ١٦٧.

(٣) عروة بن الزبير: بن العوام بن خويلد الإمام عالم المدينة أبو عبد الله القرشي الأسدي أحد الفقهاء السبعة حدث عن أبيه بشيء يسير لصغر سنه وعن أمه أسماء بنت أبي بكر الصديق وعن خالته عائشة وعن علي بن أبي طالب وعنه بنوه يحيى وعثمان وهشام ومحمد، وسليمان بن يسار وغيرهم توفي سنة ٩٣هـ وقيل غير ذلك. انظر: سير أعلام النبلاء: ٥/ ٣٥٦، تذكرة الحفاظ: ١/ ٦٢.

(٤) أخرجه مالك في الحج باب: وقوف من فاته الحج بعرفة.

الشمس دم[1] .

وقال الشافعية : وقت الوقوف ممتد من الزوال إلى طلوع فجر اليوم العاشر فمتى وقف في أي جزء من هذا الوقت صح حجه سواء بالنهار أو بالليل ، والجمع بين الليل والنهار في الوقوف سنة[2] .

فمن دفع من عرفة قبل الغروب صح حجه وإنما يسن له دم ، وهو دم ترتيب وتقدير[3] .

واحتج الحنفية والشافعية على إجزاء الوقوف بالنهار بحديث عروة بن مضرس[4] الذي حج فلم يدرك الناس إلا ليلا بجمع[5] فانطلق إلى عرفات فأفاض منها ثم رجع إلى جمع فأتى رسول الله ﷺ فقال : أعملت نفسي وأتعبت راحلتي فهل لي من حج ؟ .

فقال رسول الله ﷺ : «من صلى معنا صلاة الغداة بجمع ووقف معنا

---

(١) فتح القدير : ٢/ ١٦٨ ١٦٩ .

(٢) انظر : الحاوي : ٥/ ٢٣٠ ، المجموع : ٨/ ١٥٠ ، الفقه الإسلامي وأدلته لوهبة الزحيلي : ٣/ ١٧٧ .

(٣) المراجع السابقة .

(٤) عروة بن مضرس : بمعجمة وآخره مهملة وتشديد الراء . ابن أوس بن حارثة الطائي كان من بيت الرياسة في قومه وجده كان سيدهم وكان يباري عدي بن حاتم في الرياسة وكان مع خالد بن الوليد حين بعثه أبو بكر على الردة . انظر : الاستيعاب : ٢/ ١٨٢٤ ، الإصابة : ٢ / ٤٧١ .

(٥) جَمْع : بفتح أوله وإسكان الميم هي المزدلفة سميت بذلك للجمع بين صلاتين المغرب والعشاء فيها . انظر : معجم ما استعجم : ٢/ ٣٩٢ .

حتى يفيض وقد أفاض من عرفات قبل ذلك ليلا كان أو نهارا فقد قضى تفثه وتم حج »[1] .

ولأن النبي ﷺ قصد الموقف نهارا وانصرف منه ليلا فجعل النهار وقتا للوقوف وجعل الليل وقتا لترك الوقوف فعلم أن النهار مقصود والليل تبع[2] .

مراعاة الخلاف في هذه المسألة :

راعى المالكية أدلة الحنفية والشافعية وقالوا إن دفع قبل الغروب أجزأه وعليه دم لتركه الوقوف بعد الغروب والقياس أن يبطل حجه لتركه الوقوف ليلة النحر[3] .

وهذا من باب التيسير في العبادات خاصة أن غالب الناس في هذه الأزمنة يدفعون قبل الغروب ، فمن غير المعقول أن يبطل حجهم ، مع إمكان تصحيحه بمراعاة الخلاف .

المسألة السابعة : ما تحصل به الذكاة :

الذكاة عند المالكية تكون بقطع جميع الحلقوم[4] وجميع الودجين[5] .

---

(١) أخرجه الترمذي في الحج باب : ما جاء فيمن أدرك الإمام بجمع فقد أدرك الحج (رقم : ٨٩١) ، وأبو داود في الحج باب : من لم يدرك عرفة (رقم : ١٩٥٠) وأحمد في مسنده : ٤/ ١٥ ، والحاكم : ١/ ٤٦٣ .

(٢) الحاوي : ٥/ ٢٣٠ .

(٣) الشرح الصغير : ٢/ ١٨ .

(٤) الحلقوم : بعد الفم وهو موضع التنفس وفيه شعب تتشعب منه مجرى الطعام والشراب . (المصباح المنير : ص١٤٦) .

(٥) الودجين : مفرد ودج بفتح الدال والكسر عرق الأخدع الذي يقطعه الذابح فلا =

فلو قطع بعض الحلقوم أو أحد الودجين لم تؤكل ، ولا يشترط قطع المريء[1] .

قال الإمام مالك في المدونة : "الذكاة تفري الحلقوم والودجين ، فإن قطع الودجين دون الحلقوم ، أو الحلقوم دون الودجدين لم تتم الذكاة"[2] .

واستدل المالكية على ذلك :

بحديث رافع بن خديج[3] عن النبي ﷺ أنه قال : «ما أنهر الدم وذكر اسم الله فكل»[4] .

وإنهار الدم إجراؤه ، وذلك لا يكون إلا بقطع الأوداج لأنها مجرى الدم ، وأما المريء فليس بمجرى الدم ، وإنما هو مجرى الطعام ، وليس فيه من الدم إلا اليسير الذي لا يحصل به الإنهار[5] .

=يبقى معه حياة . (المصباح المنير : ص ٦٥٢) .

(١) المدونة : ١/ ٤٢٧ ، المعونة : ٢/ ٦٩١ ، التفريع : ١/ ٤٠١ ، الشرح الكبير : ٢/ ٩٩ ، حاشية الدسوقي : ٢٠/ ٩٩-١٠٠ .

(٢) المدونة : ١/ ٤٢٧ .

(٣) رافع بن خديج : بن عدى بن زيد الأنصاري يكنى أبا عبد الله روى عن عبد الله بن عمر ، رده رسول الله ﷺ ، يوم بدر لأنه استصغره وأجازه يوم أحد فشهد أحدا والخندق وأكثر المشاهد مات سنة ٧٤هـ بالمدينة . انظر : الاستيعاب : ٢/ ٧٢٨ ، تهذيب الأسماء : ١/ ١٨٧ ، تهذيب التهذيب : ٣/ ٢٢٩ .

(٤) أخرجه البخاري في الذبائح والصيد باب : إذا أصاب القوم غنيمة (رقم : ٥٢٢٣) ، ومسلم في الأضاحي باب : جواز الذبح بكل ما أنهر الدم (رقم : ١٩٦٨) .

(٥) انظر المنتقى : ٣/ ١١٣ .

وقال ابن عباس رضي الله عنه: «ما فرى الأوداج فكلوه»[1] أي: ما بلغ من ذكاته إلى فري الأوداج فإنه قد كملت ذكاته وحصلت إباحته.

وقالوا: لعله ترك ذكر الحلقوم لما كان المعلوم في الأغلب لا تُفرى الأدواج إلا بعد فري الحلقوم.

ودليل المالكية من جهة المعنى، أن الذكاة مبنية على فري ما كان فريه أسرع موتاً لأنه أخف على الحيوان، والودجان أسرع في ذلك من المريء لأن المريء مدخل الطعام، ويفضي إلى الفم وليس بمقتل في نفسه، وأما الودجان فإن نهايتهما متصلة بالجسم وهما مجرى الدم فقطعهما مقتل، ولذلك يقال في الذبيحة تشخب أوداجها دما ولا ذكر للمريء.

وقال أبو حنيفة الواجب في التذكية هو قطع ثلاثة غير معينة من الأربعة، إما الحلقوم والودجان، وإما المريء وأحد الودجين، أو المريء والودجان.

لأن للأكثر حكم الكل فيما بني على التوسعة في أصول الشرع، والذكاة بنيت على التوسعة حيث يكتفى فيها بالبعض[2].

وقال محمد بن الحسن الواجب قطع أكثر كل واحد من الأربعة لأنه إذا قطع الأكثر من كل واحد من الأربعة فقد حصل المقصود بالذبح وهو خروج الدم، لأنه يخرج ما يخرج بقطع الكل[3].

---

(١) أخرجه مالك في الذبائح باب: ما يجوز من الذكاة في حال الضرورة.

(٢) بدائع الصنائع: ٥/ ٤١، حاشية ابن عابدين: ٥/ ٢٠٧.

(٣) المرجع السابق.

وقال الشافعية[1] والحنابلة[2] لابد من قطع كل الحلقوم والمريء ، ويستحب قطع الودجين .

وحجتهم حديث رافع بن خديج الذي جاء فيه : «ما أنهر الدم» فاعتبر الذبح بما أنهر الدم ، وقطع الحلقوم والمريء منهر الدم فتعلق به الإجزاء .

ولأن مقصود الذكاة فوات النفس بأخف ألم لقول النبي ﷺ : « إن الله كتب على كل شيء الإحسان فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته»[3] .

والأسهل في فوات الروح إنقطاع النفس وهو بقطع الحلقوم أخص وبقطع المريء لأنه مسلك الجوف ، وليس بعد قطعهما حياة .

والودجان قد يسلان من الإنسان والبهيمة فيعيشان ، فكان اعتبار الذكاة بما لا تبقى معه حياة أولى من اعتبارها بما تبقى معه حياة[4] .

مراعاة الخلاف في هذه المسألة :

راعى المالكية أدلة الجمهور وقالوا إن قطع المريء والودج الآخر والحلقوم فإنه تصح ذكاته على قول أبي حنيفة والشافعي وأحمد بن حنبل .

---

(١) الحاوي : ١٩/ ١٠٥ ، مغني المحتاج : ٤/ ٢٧٠ .

(٢) المغني : ٨/ ٥٧٥ .

(٣) أخرجه أحمد : ٤/ ١٢٣-١٢٤ ، أبو داود في الأضاحي باب : في النهي أن تصبر البهائم والرفق بالذبيحة (رقم : ٢٨١٥) ، والترمذي في الديات باب : ما جاء في النهي عن المثلة (رقم : ١٤١٣) .

(٤) الحاوي : ١٩/ ١٠٥ .

ووجه مراعاة الخلاف هنا هو حفظ الأموال من الضياع وعدم تكليف الذابح ما يشق عليه[1] .

المسألة الثامنة : حكم لحم السبع والقرد :

اختلفت الرواية عن الإمام مالك في لحوم السباع ، ، فروى عنه المدنيون والمغاربة تحريم لحوم السباع .

قال ابن حبيب : " المدنيون في تحريم لحوم السباع العادية ، الأسد والنمر والذئب ، فأما غير العادية كالثعلب والضبع والهر الوحشي والإنسي فيكره أكلها دون تحريم[2] وهو مذهب جمهور الفقهاء "[3] .

ودليلهم ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال : «كل ذي ناب من السباع حرام»[4] .

قال الإمام في الموطأ بعد رواية الحديث : " وهو الأمر عندنا "[5] .

---

(١) التاج والإكليل : ٣/ ٢١١ .

(٢) المدونة : ١/ ٤٢٦ ، المعونة : ٢/ ٧٠١ ، المنتقى / ٤٣٨٣ ، الاستذكار : ١٥/ ٣١٩ .

(٣) انظر : الدر المختار : ٥/ ٢٣٨ ، بداية المجتهد : ١/ ٤٥٠ ، المهذب : ١/ ٢٥٠ ، مغني المحتاج : ٤/ ٣٠٥ ، المغني : ٨/ ٦٠٥ .

(٤) أخرجه مالك في الصيد باب : تحريم أكل كل ذي ناب من السباع ، والبخاري في الذبائح والصيد باب : أكل كل ذي ناب من السباع (رقم : ٥٢١٠) ، ومسلم في الصيد باب : تحريم أكل كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير (رقم : ١٩٣٢) .

(٥) الموطأ كتاب الصيد باب : تحريم أكل كل ذي ناب من السباع .

أما العراقيون فقد رووا عن الإمام مالك القول بالإباحة من غير تمييز ولا تفصيل بين السباع العادية أو غيرها ودليلهم[1] قوله تعالى: ﴿ قُل لاَّ أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلاَّ أَن يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَّسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ﴾ فليست لحوم السباع مما تضمنته الآية فوجب أن لا يكون محرما.

والدليل من جهة القياس: أن هذا سبع فلم يكن محرما كالضبع.

ولما رواه عبد الرحمن بن أبي عمار[2] قال: "سألت جابر بن عبد الله عن الضبع أآكلها؟ قال: نعم، قلت أصيد هي؟ قال: نعم، قلت: أسمعت ذلك من رسول الله ﷺ، قال: نعم"[3].

وروي عن سعد بن أبي وقاص[4] وعروة بن الزبير إجازة أكل الضباع وروي عن ابن عباس وابن عمر أنهما قالا: "الضبع حلال"[5].

---

(١) المنتقى: ٣/ ١٣١.

(٢) عبد الرحمن بن عبد الله بن أبي عمار: المكي القرشي الملقب بالقس لعبادته تابعي روى عن أبي هريرة وابن عمرو ابن الزبير وقد وثقه أبو زرعة والنسائي وابن حبان، أخرج له مسلم والأربعة. انظر: الثقات لابن حبان: ٥/ ١١٢، تهذيب التهذيب: ٦/ ٢١٣.

(٣) أخرجه الترمذي في الحج باب: ما جاء في الضبع يصيبها المحرم (رقم: ٨٥١) وقال: حديث حسن، وابن ماجة في الصيد باب: الضبع (رقم: ٣٢٣٦)، وأحمد في مسنده: ٣٥/ ٣١٨-٣٢٢.

(٤) سعد بن أبي وقاص: واسم أبي وقاص مالك بن أهيب بن عبد مناف كان سعد سابع رجل مسلم وهو أول من رمى بسهم في سبيل الله، أمره عمر ففتح الله على يده أكثر فارس وكان له فتح القادسية وغيرها وكان أميرا على الكوفة ثم عزله عمر ثم أعاده ثانية توفي سنة ٥٥هـ وقيل غير ذلك. انظر: الاستيعاب: ٢/ ٩٦٨، الإصابة ٢/ ٣٠.

(٥) الاستذكار: ١٥/ ٣٢٤.

أما قول النبي ﷺ : « كل ذي ناب من السباع حرام» فقد أجاب عنه المالكية وقالوا :

الآية عامة في نفي كل محرم غير ما تضمنت الآية تحريمه إلا أن يدل دليل على تحريم ما لم تتضمنه الآية الكريمة ، وحديث لحوم السباع عام في تحريمها على كل آكل ، فتحمل الآية على عمومها وخص بها حديث تحريم لحوم السباع ونحمله على المحرمين .

قال الباجي : "وكان ذلك أولى ، لأن الآية مقطوع بصحتها وكان التعلق بعمومها أولى من التعلق بعموم مظنون وهو عموم الخبر"[(١)] .

فإن قيل : فما فائدة تخصيص لحوم السباع وسائر لحوم الوحش محرمة على المحرمين .

الجواب : أنه لا يمنع بأن يخص نوعا من الجنس دون جميعه ليجتهد في إلحاق الباقي به أو مخالفته له .

أو أنه إنما خص لحوم السباع بالذكر لما كانت مما أبيح للمحرم قتله ابتداء لئلا يعتقد أنها بمنزلة بهيمة الأنعام في استباحة لحومها لما كانت بمنزلتها في استباحة قتلها .

وقد رأى الباجي أن يخصص الحديث بقوله تعالى : ﴿**فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ وَاذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ**﴾ فالآية عامة في كل حيوان وخاصة في الإمساك، وحديث أبي هريرة خاص في السباع عام في أحوالها ، فنجمع

---

(١) المنتقى : ٣/ ١٣١ .

بينهما ونخص الحديث ونحمله على الميتة منها بدليل خصوص فيما أمسك علينا .

قال الباجي : " وكان ذلك أولى من تخصيص الآية بالحديث لمعنيين :

أحدهما : أن الآية معلومة والحديث ليس بمعلوم .

والثاني : إن عموم الآية لم يدخله تخصيص وعموم الحديث قد دخله تخصيص في الضبع والثعلب عند الشافعي ، ووجه ذلك أن الأغلب من هذه السباع العادية أنها لا يتمكن منها إلا بعد فوات ذكاتها فخرج الحديث على الأغلب من أحوالها[1] .

مراعاة الخلاف في هذه المسألة :

راعى الإمام مالك رحمه الله في رواية العراقيين عنه مذهب من حرم أكل لحوم السباع وقال بالكراهة وكان الأصل أن يقول بالإباحة للأدلة التي ذكرت ، ولكنه توسط بين الحكمين التحريم والإباحة فقال بالكراهة مراعاة لمن حرمها وهذا منهج الإمام مالك في الأمور المختلف فيها .

قال ابن العربي : " بعد قول النبي صلى الله عليه وسلم : «الولد للفراش وللعاهر الحجر» وقوله لسودة : «إحتجبي منه» وهو أصل مراعاة الخلاف قال : وهذا مستند مالك فيما كره أكله ، فإنه حكم بالحل عند ظهور الدليل ، وأعطى للمعارض شيئا من أثره ، فحكم بالكراهة " .

و مثاله لحم القرد فهو مباح الأكل في الأظهر من مذهب مالك وهو قول

(١) المرجع السابق .

مالك وأصحابه لقوله تعالى : ﴿ قُل لاَّ أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ﴾ الآية ولعدم ورود نص يحرمه ، فيبقى على الإباحة الأصلية[١] .

و ذهب جمهور الفقهاء[٢] وابن حبيب وابن المواز من المالكية إلى تحريم القرد محتجين بما رواه الشعبي : "نهى رسول الله عن لحم القرد "[٣] .

و قال مجاهد : "ليس القرد من بهيمة الأنعام "[٤] .

و لأن القرد سبع فيدخل في عموم الخبر ، وهو مسخ فيكون من الخبائث[٥] .

فراعى الإمام مالك الخلاف في لحم القرد وانتقل من قول الإباحة إلى الكراهة .

قال الباجي : " والأظهر عندي قول مالك وأصحابه بأنه مكروه لعموم قوله تعالى : ﴿قل لا أجد فيما أوحي إليَّ﴾ ، ولم يرد فيه ما يوجب تحريما ، ولا كراهية فإن كانت كراهية فلاختلاف العلماء فيه "[٦] .

قال الدسوقي : " ومراعاة قول المخالف بالمنع يقتضي كراهته "[٧] .

---

(١) المرجع السابق ، الاستذكار ١٥/ ٣٢٤ .

(٢) انظر المغني : ٨/ ٥٨٨ ، والاستذكار : ١٥/ ٣٢٤ .

(٣) مصنف عبد الرازق : ٤/ ٥٢٩ ، الاستذكار : ١٥/ ٣٢٤ .

(٤) مصنف عبد الرازق : ٤/ ٥٢٩ ، الاستذكار ١٥/ ٣٢٤ .

(٥) المنتقى : ٣/ ١٣٢ .

(٦) المرجع السابق .

(٧) حاشية الدسوقي : ٢/ ١١٨ .

الفصل الثاني

أثر مراعاة الخلاف في أحكام الأحوال الشخصية

وفيه مبحثان:

المبحث الأول

أثر مراعاة الخلاف في النكاح وما يتعلق به

المبحث الثاني

أثر مراعاة الخلاف في الطلاق وما يتعلق به

المبحث الأول

أثر مراعاة الخلاف في النكاح وما يتعلق به

القاعدة عند المالكية أن النكاح المختلف فيه حكمه كالصحيح من حيث النتائج يفسخ بطلاق ، وتعتد المرأة كعدة الصحيح ، وينشر الحرمة على الأصول والفروع ، وتستحق به الصداق إن دخل بها ، ويلحق به الولد ويدرأ الحد عن الزوجين لكن لا تحل به لمن طلقها ثلاثا .

وهذا مذهب مالك في المدونة في كل نكاح مختلف فيه[1] ، قال ابن القاسم : "وأصل هذا وهو الذي سمعته من أهل العلم أن كل نكاح اختلف فيه الناس وليس بحرام من الله ولا من رسوله صلى الله عليه وسلم أجازه قوم وكرهه قوم أن ماطلق فيه يلزمه "[2] .

وعقب ابن رشد على هذا الكلام قائلا : " هذا صحيح على ما اختاره ابن القاسم وأخذ به لرواية العتبية عن مالك من أن الطلاق والميراث يكون في كل نكاح اختلف الناس فيه "[3] .

وقد نظم ابن عاصم هذه القاعدة فقال :

وفسخ فاسد بلا وفـــاق ... بطلقة تعد في الطـــلاق

ومن يمت قبل وقوع الفسخ ... في ذا فما لإرثه من نســخ

---

(١) المدونة : ٢/ ٩٨ ، أسهل المدارك : ٢/ ٨١ .

(٢) المدونة : ٢/ ٩٨ .

(٣) البيان والتحصيل : ٤/ ٣٦٩ ، ٦/ ٣٣٦ .

وفسخ ما الفساد فيه مجمع عليه من غير طلاق يقع

وقال في حكم فاسد النكاح :

وحيث درء الحد يلحق الولد في كل ما من النكاح قد فسد

للتي كان بها استمتاع صداقها ليس له امتناع[1]

فكل نكاح فاسد مختلف في صحته وفساده إذا أريد فسخه فإنه يفسخ بطلاق بائن مراعاة لمن يقول بصحته[2] .

وفي بعض الحالات تؤدي مراعاة الخلاف إلى تصحيح العقد وإبقائه على حاله كما في النكاح بدون ولي ، وفي تعليق الطلاق على النكاح ، وغير ذلك من الفروع .

وخالف ابن رشد رحمه الله ورأى أن مراعاة الخلاف لا تؤدي إلى تصحيح العقد وإنما تكون في ترتيب أحكام النكاح الصحيح بعد فسخ العقد كوقوع الطلاق والعدة والتوارث وتنصيف الصداق إن فرق بينهما قبل الدخول ، وكذلك تسقط مراعاة الخلاف الحد ويلحق به النسب .

فقال : " وإنما الاختلاف المشهور في مراعاته في الميراث والطلاق والعدة ، فقيل يتوارثان إن مات أحدهما قبل الفسخ ويلزمه ما طلق قبل أن يعثر عليه ، وإن كان هو الميت اعتدت أربعة أشهر وعشرا ، ويكون الفسخ فيه طلاقا ، ويكون لها نصف الصداق إن فرق بينهما قبل الدخول ، وإنما

---

(١) البهجة شرح التحفة : ١/ ٥٠١ ، شرح ميارة على التحفة : ١/ ١٧١ .

(٢) توضيح الأحكام على تحفة الحكام للتوزري : ١/ ١١٠ .

يراعى الخلاف في وجوب الحد ويلحق به النسب في المشهور في المذهب[1] .

والصحيح أن الإمام مالكا والمالكية من بعده كانوا يعملون مراعاة الخلاف لتصحيح بعض العقود وإبقائها على حالها لقوة الخلاف والمصلحة المعتبرة المتعلقة بالعقد .

ومثال ذلك : سئل الإمام مالك عن امرأة زوجها غير ولي وأشهدت له على ذلك ووليها قريب يعرفون مكانه فقال الإمام مالك للسائل : " أدخل بها؟ فقال : نعم ، قال : فالذي زوجها كفؤ؟ قال : نعم قال مالك : أرى تدع هذا وتدع الكلام فيه "[2] .

والمسائل التي روعي فيها الخلاف في باب النكاح كثيرة سأذكر بعضها على سبيل المثال لا الحصر .

المسألة الأولى : النكاح بدون وليّ :

من أركان النكاح عند المالكية الولي ، فلا يجوز للمرأة أن تنكح نفسها ولا أن ينكحها من الناس من ليس بولي لها[3] .

قال الباجي : " وكلا الوجهين عندنا ممنوع "[4] وقال ابن حبيب في

---

(١) البيان والتحصيل : ٦/ ٣٣٦ .

(٢) المرجع السابق : ٤/ ٣٦٩ .

(٣) المدونة : ١/ ١١٧ ، الموطأ : ٢/ ٥٢٥ ، المعونة : ٢/ ٧٢٧ ، المنتقى : ٣/ ٢٦٧ ، الاستذكار : ١٦/ ٣٣ ، البهجة شرح التحفة : ١/ ٤٤٤ ، شرح ميارة الفاسي على التحفة : ١/ ١٥٣ ١٥٤ .

(٤) المنتقى : ٣/ ٢٦٧ .

الواضحة : " ولا يجوز نكاح امرأة بكرا كانت أو ثيبا ، شابة كانت أو عجوزا، غنية كانت أو فقيرة ، شريفة كانت أو وضيعة إلا بولي يعقد نكاحها ، فإن لم يكن لها ولي فالسلطان ولي من لا ولي له "[1].

ودليل المالكية ما يلي :

عن عائشة رضي الله عنها قالت : قال رسول الله ﷺ : «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ثلاث مرات فإن دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها وإن تشاجرا فالسلطان ولي من لا ولي له»[2].

وعنها أيضا : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : «لا نكاح إلا بولي والسلطان ولي من لا ولي له»[3].

- وعن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال : «لا تنكح المرأة المرأة ولا تنكح المرأة نفسها ، فإن الزانية التي تنكح نفسها»[4].

ولما لم تل عقدة نكاح غيرها لم تل عقدة نكاح نفسها .

- وقال تعالى : ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ﴾[5] .

فإن الله تعالى نهى الأولياء عن منع النساء من النكاح عند بلوغ الأجل ،

---

(١) المرجع السابق .

(٢) سبق تخريجه : ص ٨١ .

(٣) أخرجه ابن ماجه في النكاح باب لا نكاح إلا بولي (رقم : ١٨٨٠) .

(٤) سبق تخريجه : ص ٨٠ .

(٥) البقرة / ٢٣٢ .

فلولا أن الولاية للرجل في العقد لم يصح العضل والمنع من النكاح كما لا يصح منعهن من التصرف في أموالهن، وسبب نزول هذه الآية يؤكد هذا المعنى.

فقد روى معقل بن يسار[1] أنه قال: نزلت فيه قال: "زوجت أختي لرجل فطلقها حتى إذا انقضت عدتها جاء يخطبها، فقال له: زوجتك وأكرمتك فطلقتها ثم جئت تخطبها، لا والله لا تعود إليك أبدا، وكان رجلا لا بأس به، وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه فأنزل الله تعالى الاية: ﴿**فلا تعضلوهن**﴾ قلت: الآن أفعل يا رسول الله، قال: فزوجه إياه"[2].

فثبت بهذا الحديث أن العضل هو أن يمنع من إنكاحها فيكون ذلك منعا لها من النكاح وإلا لم تحتج المرأة وهي تريد زوجها إلى إنكاح معقل لها، كما لم تكن تحتاج إليه فيما تريد من بيع أو شراء.

و قال الحنفية: تعقد المرأة نكاحها وتكون وليا لغيرها إذا كانت عاقلة رشيدة[4] ودليلهم: حديث ابن عباس رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله

---

(١) معقل بن يسار: بن عبد الله أبو عبد الله صحابي شهد بيعة الحديبية سكن البصرة وابتنى بها دارا روى عنه الحسن وجماعة من أهل البصرة وتوفي بها في آخر خلافة معاوية وقيل في أيام يزيد بن معاوية. انظر: الاستيعاب: ٣/ ٢٤٣٩٣، تهذيب الأسماء: ٢/ ١٠٦.

(٣) أخرجه البخاري في التفسير باب: ﴿**وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن**﴾ (رقم: ٤٢٥٦)، وأبو داود في النكاح: باب في العضل (رقم: ٢٠٨٧)، والترمذي في التفسير باب: سورة البقرة (رقم: ٢٩٨٧).

(٤) انظر: بدائع الصنائع: ٢/ ٢٤٠، فتح القدير: ٢/ ٤٠٥، الدر المختار: ٢/ ٤٢٩-٤٣١.

عليه وسلم قال: «الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها»[1] .

فهذا دليل على أن لها أن تزوج نفسها لأنه لم يقل أنه أحق بها في الإذن دون العقد.

و الأيم كل امرأة لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا.

و المرأة إذا كانت رشيدة جاز لها أن تلي عقد نكاحها لأنه عقد أكسبها مالا فجاز أن تليه بنفسها كالبيع والإجازة. وقد أضاف الله النكاح إليها فقال: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾[2] وقال: ﴿أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾[3] وقال: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[4] وغيرها من الأدلة.

مراعاة الخلاف في هذه المسألة:

الأصل عند المالكية أن عقد النكاح بدون ولي فاسد يجب فسخه قبل الدخول، فإن دخل بها راعى المالكية مذهب الحنفية وصححوا العقد.

فقد سئل الإمام مالك رحمه الله عن امرأة زوجها غير ولي -ابن عم له- وأشهدت له على ذلك ووليها قريب مكانه، فقال له الإمام مالك: "أدخل

---

(١) أخرجه مالك في النكاح باب: استئذان البكر والأيم أحق في نفسها، ومسلم في النكاح باب: استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت (رقم: ١٤٢١)، وأبو داود في النكاح باب: في الثيب (رقم: ٢٠٩٨).

(٢) البقرة/ ٢٣٠ .

(٣) البقرة / ٢٣٢ .

(٤) البقرة / ٢٣٤ .

بها ؟ فقال : نعم ، قال فالذي زوجها كفؤ؟ قال : نعم ، قال مالك : أرى تدع هذا والكلام فيه "[1] .

فقد رأى الإمام مالك إجازة النكاح لما خشي على المرأة بسبب ذلك من الضيعة على أصله في مراعاة الخلاف .

فمذهب الحنفية وإن كان مرجوحا في نظر المالكية إلا أنه ترجح بعد الدخول لمصلحة الزوجين واستقرار حياتهما ولتجنب آثار الفسخ .

قال إسماعيل بن إسحاق[2] : "فإن نكحت المرأة بغير ولي فسخ النكاح فإن دخل وفات الأمر بالدخول وطول الزمن من الولادة لم يفسخ لأنه لا يفسخ من الأحكام إلا الحرام البين أو يكون خطأ لا شك فيه ، فأما ما يجتهد فيه الرأي وفيه الاختلاف فلا يفسخ ، ويثبته على مذهب مالك أن يكون الدخول فوتا وإن لم يتطاول ولكنه احتاط في ذلك "[3] .

فاشتراط طول الزمن بعد الدخول هو للاحتياط فقط أما العقد فيصحح بمجرد الدخول لأنه به تثبت الأحكام ونتائجها .

---

(١) البيان والتحصيل : ٤/ ٣٦٩ .

(٢) إسماعيل بن إسحاق : بن إسماعيل بن حماد كنيته أبو إسحاق سمع من محمد بن عبد الله ومسلم بن إبراهيم وعبد الله بن مسلمة وابن أبي شيبة سمع منه ابن المنتاب وأبو الفرج وابن راهويه وبه تفقه أهل العراق توفي سنة ٢٨٢هـ وهو قاض . انظر : ترتيب المدارك : ٤/ ٢٧٦ ، شجرة النور : ص ٦٥ .

(٣) الاستذكار : ١٦/ ٣٨ .

المسألة الثانية : ترتيب الأولياء غير المجبرين في تولي عقد النكاح :

الولي هو : "من له على المرأة ملك أو أبوة أو تعصيب أو إيصاء أو كفالة أو سلطة أو ذو إسلام "(١) .

و الولي عند المالكية قسمان : مُجْبِر وغيره

فالـمُجبِر ثلاثة أقسام :

الأول : المالك ولو أنثى (وتوكل في العقد وجوبا) له جبر مملوكه .

الثاني : الأب له الجبر لثلاث من بناته على من شاء بما شاء :

١- البكر ما دامت بكرا ولو عانسا ولو جازت ستين عاما إلا إذا أرشدها لحسن تصرفها ، أو أقامت بعد الدخول سنة فأكثر ببيت زوجها وهي بكر ويندب له استئذان البالغة .

٢- وثيب صغيرة أزال الزوج بكارتها ولاعبرة لثيوبتها لصغرها ، أو كبيرة زالت بكارتها بزنا (ولو تكرر ، أو ولدت منه) أو بعارض كوثبة أو عود ، لا بنكاح فاسد ولو بالإجماع إن درأ الحد بشبهة وإلا أجبرها .

٣- ومجنونة بالغة ثيب لا تفيق ، وإلا انتظر إفاقتها ، ومحل الجبر إذا لم يكن فيه ضرر كتزويجها من مجنون أو أبرص أو خصي وإلا فلا .

الثالث : وصي الأب عند عدم الأب له الجبر فيما للأب فيه جبر ، إن عين له الزوج أو أمره بالجبر ولو ضمنا ، أو أمره بالنكاح ولم يعين له الزوج ولا الإجبار .

---

(١) شرح حدود ابن عرفة : ١/ ٢٤١ .

و بعد السيد والأب ووصيه لا جبر لأحد من الأولياء.

أما الأولياء غير المجبرين فهم بالترتيب: ابن المرأة فابنه وإن سفل، فأب، فأخ للأب فابنه فجد لأب، فعم لأب فابنه فجد أب، فعم الأب، فابنه.

و الأولى تقديم الشقيق من كل صنف على الذي للأب، وتقديم الأفضل عند التساوي في الرتبة.

فمولى أعلى (وهو من أعتق المرأة)، فعصبته، فمولاه (وهو من أعتق معتقها وإن علا)، فمولى أبيها، كذلك فمولى جدها، كذلك وإن علا، فكافل لها، فحاكم، وهو السلطان أو القاضي، فولاية عامة للمسلمين[1].

إلا أن المالكية اختلفوا في ترتيب الأولياء هل هو واجب أم مندوب؟ قولان:

القول الأول: إن الترتيب المذكور واجب وهو الراجح[2]؛ لأن الولي إنما يراد لحفظ المنكوحة من تزويج من لا يكافئها فيدخل العار على أهلها وابن المرأة وابنه وإن سفل والأب أدفع للعار عنها وعن أنفسهم لشدة أنفتهم وعظم حميتهم وكلما كانت القرابة أعلى كانت الشفقة على المرأة أوفر،

---

(١) المدونة: ١/ ١٠٥، المعونة: ٢/ ٧٢٩، الذخيرة: ٤/ ٢٤٦-٢٤٧، الشرح الكبير: ٢/ ٢٢٤، حاشية الدسوقي: ٢/ ٢٢٥، شرح التحفة لميارة الفاسي: ١/ ١٦٢.

(٢) حاشية الدسوقي: ٢/ ٢٢٥-٢٢٦.

وهذا أدعى لحفظ مصالحها ومعرفة ما ينفعها ويضرها .

القول الثاني: أن الترتيب مندوب إليه فيجوز تقديم من هو أدنى في الرتبة ، لأن الولاية صفة تجمعهم جميعا . والشارع لم يحدد من هو الأولى بالتزويج ، وإنما أطلق ولا واجب إلا ما أوجبه الشرع .

و لأن النكاح يكون برضى المرأة ، فإن زوجها من غير كفء كان لها حق الرفض والفسخ .

فإذا تولى عقد النكاح العم مع وجود الأخ الشقيق وحضوره مجلس العقد، فعلى القول الثاني يكون العقد صحيحا ، لأن الترتيب مندوب إليه ولا يؤثر في صحة العقد .

وعلى القول الأول يكون العقد غير جائز للإخلال بأمر واجب وهو الترتيب بين الأولياء في التقديم حسب مرتبة كل منهم قربا وبعدا ومن المعروف أن الأخ الشقيق مقدم على العم وأقرب منه في تولي العقد ، فلما تولى العم عقد النكاح مع وجود الأخ الشقيق وجب فسخه .

مراعاة الخلاف في هذه المسألة:

إلا أن أصحاب القول الأول انتقلوا من العمل بقولهم إلى العمل بجواز العقد وصحته بناء على مراعاة الخلاف لأن العقد قد تم ويمكن تصحيحه باتباع قول له اعتبار في النظر ولو كان مرجوحا[1] .

---

(١) الشرح الكبير ٢/ ٢٢٦ ، حاشية الدسوقي : ٢/ ٢٢٦ ، شرح التحفة لميارة الفاسي : ١/ ١٦٢ .

المسألة الثالثة : اشتراط البلوغ في تزويج اليتيمة :

اختلف المالكية في اشتراط البلوغ في اليتيمة إذا كان الولي غير مجبر :

القول الأول : اليتيمة لا تزوج إلا إذا بلغت ، شأنها في ذلك شأن كل أنثى مع الولي غير المجبر[1] .

أدلة اشتراط البلوغ في اليتيمة :

عن أبي موسى الأشعري رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : « تستأمر اليتيمة في نفسها فإن سكتت أذنت ، وإن أبت لم تكره »[2] .

و عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : «تستأمر اليتيمة في نفسها فإن سكتت فهو إذنها ، وإن أبت فلا جواز عليها»[3] .

فيجب استئذان اليتيمة إذا كانت بالغة تعرف ما تريد ، وهذا في جميع الأحوال سواء خيف عليها الفساد أم لم يخف .

وقالوا : والصغيرة ممن لا إذن لها لا يجوز العقد عليها إلا بعد بلوغها ، ولأن من عدا الأب من أوليائها أخا كان أو غيره ليس له أن يتصرف في مالها فكذلك في بضعها[4] .

القول الثاني : أن اليتيمة متى خيف عليها الفساد زوجت سواء كانت

---

(١) الذخيرة : ٤/ ٢٢٨ ، الشرح الكبير : ٢/ ٢٢٣-٢٢٤ ، حاشية الدسوقي : ٢/ ٢٢٤ .

(٢) أخرجه الإمام أحمد في مسنده : ٢/ ٢٥٩ ، ٤٧٥ ، ٤/ ٣٩٤ .

(٣) أخرجه أبو داود في النكاح باب في الاستئمار (رقم : ٢٠٩٣) .

(٤) الاستذكار : ١٦/ ٥٨ .

بالغة أم لا ، والمراد بالفساد فساد حالها بفقر أو زنا أو عدم حاضن شرعي أو ضياع مال أو دين ، وصح نكاحها إن دخل بها الزوج .

و قالوا : إن عروة بن الزبير زوج ابنه ابنة أخيه وهي صبية ، والناس يومئذ متوافرون ، وعروة من هو[1] .

مراعاة الخلاف في هذه المسألة :

اشترط أصحاب القول الثاني أن تكون اليتيمة قد بلغت عشرا مراعاة لمن أوجبوا البلوغ لصحة نكاح اليتيمة ، ولأن البنت كثيرا ما تبلغ بلوغا شرعيا في مثل هذا السن[2] .

قال الدسوقي : "والحاصل أن البلوغ عشرا مطلوب لمراعاة القول الآخر . أي : اليتيمة لا تزوج إلا إذا بلغت "[3] .

المسألة الرابعة : أقل الصداق :

الصداق : "هو ما يعطى للزوجة في مقابلة الاستمتاع بها ويسمى مهرا "[4] .

والصداق من أركان النكاح عند المالكية لا يصح اشتراط إسقاطه[5] .

---

(١) المرجع السابق .

(٢) حاشية الدسوقي : ٢/ ٢٢٤ .

(٣) المرجع السابق .

(٤) الشرح الكبير : ٢/ ٢٩٣ .

(٥) المدونة : ٢/ ١٧٠ وما بعدها ، شرح التحفة لميارة الفاسي : ١/ ١٥٧-١٥٨ ، البهجة شرح التحفة : ١/ ٤٥٨ .

واتفق الفقهاء على أنه لا حد لأكثره وذلك لقوله تعالى: ﴿وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا﴾[1].

واختلفوا في أقل ما يصلح مهرا:

فقال المالكية أقل الصداق ربع دينار شرعي من الذهب، أو ثلاثة دراهم من الفضة أو ما يساويها من العروض، فإن كان المهر أقل من هذه القيمة فسد النكاح[2].

واستدل المالكية على ذلك بما يلي:

١- قياس البضع في النكاح على اليد في القطع وقالوا بأن البضع عضو مستباح ببدل من المال فلا بد أن يكون مقدرا قياسا على قطع اليد[3].

واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم مِّن فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾[4].

فالله تعالى لما شرط عدم الطول في نكاح الإماء وأباحه لمن لم يجد طولا دل على أن الطول لا يجده كل الناس، ولو كان الفلس والدانق والقبضة من الشعير ونحو ذلك طولا لما عدمه أحد، ومعلوم أن الطول في الآية هو المال

---

(١) النساء/ ٢٠.

(٢) المعونة: ٢/ ٧٥٠-٧٥١، الاستذكار: ١٢/ ٧٢، المنتقى: ٣/ ٢٧٦، شرح التحفة لميارة: ١/ ١٥٧-١٥٨، البهجة شرح التحفة: ١/ ٤٥٨، مواهب الجليل: ٣/ ٥٠٨.

(٣) الاستذكار: ١٦/ ٧٢.

(٤) النساء/ ٢٥.

ولايقع اسم مــال عندهم على أقل من ثلاثة دراهم فــوجب أن يمنع من استباحة الفروج باليسير الذي لا يكون طولا[١] .

وقال الشافعية[٢] والحنابلة[٣] وابن وهب من المالكية لا حد لأقل المهر ولا تقدر صحة الصداق بشيء فكل ماصح كونه مبيعا (أي له قيمة) صح كونه صداقا ، ومالا فلا .

وأدلتهم :

قوله تعالى : ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُم﴾[٤] فلم يقدره الشرع بشيء فيعمل به على إطلاقه .

و قال النبي ﷺ للرجل الذي أراد أن يتزوج المرأة التي وهبت نفسها للنبي ﷺ : «إلتمس ولو خاتما من حديد»[٥] فدل على أن المهر يصح بكل ما يطلق عليه اسم مال .

و روي أن امرأة تزوجت على نعلين ، فقال رسول الله ﷺ : « رضيت

---

(١) الاستذكار : ١٦/ ٧٢ .

(٢) المهذب : ٢/ ٥٥ ، مغني المحتاج : ٣/ ٢٢٠ .

(٣) المغني : ٦/ ٦٧٠ .

(٤) النساء / ٢٤ .

(٥) أخرجه مالك في النكاح باب : ما جاء في الصداق والحباء والبخاري في فضائل القرآن باب : خيركم من تعلم القرآن وعلمه (رقم : ٤٧٤٠) ، وفي النكاح باب : تزويج المعسر (رقم : ٤٧٩٩) ، ومسلم في النكاح باب : الصداق وجواز كونه تعليم قرآن (رقم : ١٤٢٥) .

من مالك ونفسك بنعلين؟ قالت: "نعم" فأجازه»[1].

وقالوا إن المهر حق المرأة شرعه الله تعالى إظهارا لمكانتها فيكون تقديره برضا الطرفين، ولأن المهر بدل الاستمتاع بالمرأة فكان تقدير العوض إليها كأجرة منافعها[2].

مراعاة الخلاف في هذه المسألة:

فمن دفع أقل من ربع دينار أو ثلاثة دراهم مهرا فإن العقد لا ينعقد ويجب فسخه عند المالكية قبل الدخول، فإذا تم الدخول أجبر على الإتمام ولم يفسخ مراعاة لمن أجازه بأقل من ربع دينار، والأصل أنه يفسخ لأن الصداق ركن من أركان النكاح.

فقد سأل ابن القاسم الإمام مالكا: "أرأيت إن تزوجها على عرض قيمته أقل من ثلاثة دراهم أو على درهمين؟ قال الإمام مالك: أرى النكاح جائزا ويبلغ به ربع دينار إن رضي بذلك الزوج وإن أبى فسخ النكاح إن لم يكن دخل بها وإن دخل بها أكمل لها ربع دينار وليس هذا النكاح عندي من نكاح التفويض قلت: لم أجزته؟ قال: لاختلاف الناس في هذا الصداق، لأن منهم من قال: ذلك الصداق جائز ومنهم من قال: لا يجوز"[3].

و قال البراذعي في التهذيب: "وإن دخل أجبر على الإتمام ولا يفسخ

---

(1) أخرجه الترمذي في النكاح باب: ما جاء في مهور النساء (رقم: ١١١٤) وقال: حديث حسن صحيح.

(2) الاستذكار: ١٦/ ٧٢.

(3) المدونة: ١/ ١٥٢.

للاختلاف في إجازة هذا الصداق "[1] .

فمراعاة الخلاف هنا سببها صون الزواج من الفسخ لتعلق حق الزوجين به ما دام يمكن تصحيحه فلا يلجأ إلى فسخه .

المسألة الخامسة : تأجيل الصداق بعضه أو كله :

اختلف الفقهاء في تأجيل المهر بعضه أو كله :

فقال المالكية يكره أن يعقد النكاح ابتداء على صداق مؤجل بعضه أو كله[2] .

و المهر عندهم إما أن يكون معينا حاضرا أو معينا غائبا أو غير معين :

فإن كان المهر معينا حاضرا في البلد كالدار والثوب والحيوان وجب تسليمه للمرأة أو وليها يوم العقد ولا يجوز تأخيره في العقد ولو رضيت بالتأخير ، فإن اشترط التأجيل في العقد فسد العقد إلا إذا كان الأجل قريبا كاليومين والخمسة .

وإن كان المهر معينا غائبا عن بلد العقد صح النكاح إن أجل قبضه إلى أجل قريب بحيث لا يتغير فيه غالبا وإلا فسد النكاح .

قال ابن الحاجب : "وكره مالك المؤجل ، وقال فيما مضى الصداق

---

(١) تهذيب البراذعي كتاب النكاح مخطوط .

(٢) المدونة : ١/ ١٤٩ ، الرسالة : ص ١٩٦ ، الذخيرة : ٤/ ٤٨٧ ، شرح التحفة لميارة : ١/ ١٦٠ ، مواهب الجليل : ٣/ ٥٠٩ ، الشرح الكبير : ٢/ ٢٩٧ ، حاشية الدسوقي : ٢/ ٢٩٧ ، الشرح الصغير : ٢ / ٤٣٢ .

ناجز كله فإن وقع شيء منه مؤخرا فلا أحب طوله "[1].

وسئل الإمام مالك عمن تزوج امرأة بدنانير مسماة نقدا وبدنانير إلى سنة؟ فقال مالك: "لا يعجبني هذا النكاح ، وليس هو نكاح من أدركنا "[2].

أما إن كان المهر غير معين كالنقود والمكيل والموزون فيجوز تأجيله إلى الدخول بشرط أن يكون الدخول وقته معلوما عندهم بالعادة على المشهور ، كتأجيله إلى وقت الحصاد أو قطاف الثمر ، فإن كان الأجل مجهولا أو معلوما ولكنه بعيد كالسنة فأكثر فسخ النكاح قبل الدخول ، لأنه مظنة لإسقاط الصداق ، والدخول على إسقاط الصداق مفسد للزواج[3].

واستدل المالكية بما يلي:

عمل أهل المدينة لقول مالك: "لا يعجبني هذا النكاح وليس هو نكاح من أدركنا "أي من أهل المدينة ، فإنهم كانوا يتزوجون على تعجيل المهر أو تأجيله إلى أجل قريب.

ولأنه ﷺ فعل ذلك لما زوج فاطمة من علي رضي الله عنهما[4].

مطالبة النبي ﷺ الرجل بالتماس خاتم من حديد ، فلما لم يجد زوجه

---

(١) شرح التحفة لميارة: ١/ ١٦٠ .

(٢) المدونة: ١/ ١٤٩ .

(٣) مواهب الجليل: ٣/ ٥٠٩ ، حاشية الدسوقي: ٢/ ٢٩٧ .

(٤) أخرجه البيهقي: ٧/ ٢٥٢ ، وأبو يعلى ، والطبراني في الأوسط والكبير ، والبزار؛ و رجال الطبراني رجال الصحيح انظر: مجمع الزوائد: ٤/ ٢٨٦ .

بما معه من القرآن ، ومطالبته ﷺ بذلك في الحين تقتضي أن من حكمه تعجيل ما يصح أن يكون مهرا منه ، ولو شرع تأخير جميعه لسأله هل يرجو أن يتكسب في المستقبل قدر الخاتم من الحديد ، بل الغالب تجويز ذلك كله فكان يقول له زوجتكها على أن يكون لها هذا في ذمتك ، ويضرب لذلك أجلا يغلب على الظن تكسبه لهذا .

ولما نقله عن وجود المهر إلى المنافع بقوله ﷺ : «هل معك شيء من القرآن» دل ذلك أن من حكم المهر أن يتعجل منه قبل البناء ما يصح أن يكون مهرا»[1] .

وأجاز الحنفية تأجيل المهر وقالوا يصح كون المهر معجلا أو مؤجلا كله أو بعضه إلى أجل قريب أو بعيد أو أقرب الأجلين الطلاق أو الوفاة، عملا بالعرف في كل بلد[2] .

واشترطوا ألا يشتمل الأجل على جهالة فاحشة كأن يقول : تزوجتك على ألف إلى وقت الميسرة أو هبوب الرياح أو إلى أن تمطر السماء ، فلا يصح التأجيل لتفاحش الجهالة ، وإذا اتفق صراحة على تقسيط المهر عمل به لأن الاتفاق من قبيل الصريح والعرف من قبيل الدلالة، والصريح أقوى من الدلالة .

وإذا لم يتفق على تعجيل المهر أو تأجيله عمل بعرف البلد ، لأن

---

(١) انظر المنتقى : ٣/ ٢٧٧ .

(٢) فتح القدير : ٢/ ٤٣٨ .

المعروف عرفا كالمشروط شرطا .

وأجاز الشافعية[1] والحنابلة[2] تأجيل المهر كله أو بعضه لأجل معلوم لأنه عوض في معاوضة ، فإن أطلق ذكره اقتضى الحلول، وإن أجل لأجل مجهول -كقدوم زيد ومجيء المطر ونحوه- لم يصح .

وإن أجل ولم يذكر الأجل فالمهر عند الحنابلة صحيح ومحله الفرقة أو الموت ، وعند الشافعية المهر فاسد ولها مهر المثل .

مراعاة الخلاف في هذه المسألة :

راعى المالكية الخلاف الواقع بين الفقهاء في تأجيل المهر وتعجيله ، وبناء عليه أجازوا النكاح بصداق بعضه معجل وبعضه مؤخر إلى سنة أو أكثر إن وقع، وقالوا : إذا أتى الزوج بالمعجل جاز له أن يدخل بزوجته وليس لها منعه ولو تأخر بقية الصداق .

و الأصل أن يفسخ هذا النكاح كما بينا ، ولكن أجازه المالكية مراعاة للخلاف كما جاء في التهذيب للبراذعي[3] .

المسألة السادسة : هل تلزم المرأة بالجهاز من الصداق ؟

الجهاز : هو أثاث المنزل وفراشه وأدوات بيت الزوجية .

واختلف العلماء في الملزم بالجهاز .

---

(١) مغني المحتاج : ٣/ ٢٣٠ .

(٢) المغني : ٦/ ٦٩٤ .

(٣) التهذيب كتاب النكاح مخطوط .

فقال المالكية الجهاز واجب على الزوجة بمقدار ما تقبضه من المهر ، فإن لم تقبض شيئا فلا تلزم بشيء إلا إذا اشترط الزوج التجهيز عليها أو كان العرف يلزمها به[1] .

قال ابن عاصم :

والأب لا يقضي اتساع حاله تجهيزه لابنته من ماله[2]

يعني الأب إذا زوج ابنته البكر وكان متسع الحال فإنه لا يلزمه تجهيز ابنته من ماله وإنما يجهزها من صداقها خاصة .

فإذا قبضت المرأة مهرها وجب أن تتجهز به إلى زوجها ولا تأكل منه أو تصرفه في غير الجهاز ، هذا هو المشهور من مذهب مالك[3] .

ويلزمها التجهيز على العادة ، وتشتري منه الآكد فالآكد عرفا من فرش ووسائد وثياب وطيب وخادم إن اتسع لها .

وقال خليل : " ولزمها التجهيز على العادة "[4] .

ومصدر الإلزام بالتجهيز هو العرف فإذا جرى العرف أن الزوجة هي التي تعد جهاز البيت ولم تفعل ، وأنفقت الصداق في غير الجهاز فان للزوج الحق في مطالبتها بالجهاز لأنه لما اقتضى العرف ذلك صار كالشرط الضمني

---

(١) المدونة : ٢/ ١٧٧- ١٧٩ ، المعونة : ٢/ ٧٥٤ ، مواهب الجليل : ٣/ ٥٢٣ ، شرح التحفة لميارة : ١/ ١٧٦ ، البهجة شرح التحفة : ١/ ٥١٩ .

(٢) شرح التحفة لميارة : ١/ ١٧٦ .

(٣) المرجع السابق .

(٤) مختصر خليل : ص ١٧٠ .

يجب الالتزام به لأن المعروف عرفا كالمشروط شرطا[1].

وذهب الحنفية وجمهور الفقهاء غير المالكية إلى أن المهر حق خالص للمرأة وليس عليها أن تتجهز به أو بشيء منه إلى زوجها لقوله تعالى: ﴿وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ وعلى الزوج أن يعد المنزل بكل ما يحتاج إليه ليكون سكنا شرعيا لائقا بهما، حتى لو زاد في المهر على مهر المثل فليس عليها أن تتجهز منه لأن الزوج ملزم شرعا بدفع المهر لها في مقابل حق المتعة لا في مقابل الجهاز، إلا إذا كان ما دفعه زيادة على المهر وكان منفصلا عنه واشترط ذلك الجهاز فتكون ملزمة به أو ترد المال، وله المطالبة به إلا إذا سكت عنها بعد زفافها إليه زمانا يمكنه المطالبة به فلم يفعل، لأن سكوته دليل أن الغرض لم يكن الجهاز[2].

مراعاة الخلاف في هذه المسألة:

راعى الإمام مالك مذهب الحنفية وأجاز للمرأة أن تأكل من الصداق أو تتصرف فيه في غير الجهاز إذا كانت محتاجة، فقد سئل عن المرأة المحتاجة تصدق الصداق، أتأكل منه بالمعروف؟ قال: "نعم"[3].

فقد أباح لها أن تأكل من صداقها بالمعروف ما يكفيها بدليل قول رسول

(١) البهجة شرح التحفة: ١/ ٥١٨ - ٥٢٠.

(٢) انظر فتح القدير: ٢/ ٤٧٩، وما بعدها حاشية ابن عابدين: ٢/ ٣٩٨، المجموع: ١٥/ ٤٩٥، الفقه الإسلامي وأدلته: ٧/ ٣١٢٣١١.

(٣) البيان والتحصيل: ٤/ ٣٣١.

ﷺ لهند[١] : «خذي ما يكفبك وولدك بالمعروف»[٢] .

ووجه إباحة مالك للزوجة الأكل من صداقها إنما هو مراعاة للخلاف .

قال ابن رشد : " وإنما أباح ذلك لها وإن كان من مذهبه أن عليها أن تتجهز إلى زوجها بصداقها من أجل حاجتها إلى ذلك مراعاة لقول من يقول هو لها وليس عليها أن تتجهز بشيء منه إلى زوجها ولا حق له فيه "[٣] .

فمراعاة الخلاف في هذه المسألة دافعها رفع الحرج عن الزوجة في الأكل من المهر لحاجتها .

المسألة السابعة : اعتبار اليسار في الكفاءة :

الكفاءة في اللغة هي مطلق المماثلة أو المقاربة[٤] .

والكفاءة في النكاح هي المماثلة والمقاربة بين الزوجين في أمور مخصوصة[٥] .

والكفاءة ليست شرطا في صحة الزواج ، وإنما هي حق لكل من المرأة

---

(١) هند : بنت عتبة بن ربيعة بن عبد شمس بن عبد مناف أم معاوية أسلمت عام الفتح بعد إسلام زوجها أبي سفيان بن حرب فأقرهما رسول الله صلى الله عليه وسلم على نكاحهما ، توفيت هند في خلافة عمر في اليوم الذي مات فيه أبو قحافة . انظر : الاستيعاب : ٤/ ٣٥٤٨ ، الإصابة : ٤/ ٤٠٩ .

(٢) أخرجه البخاري في النفقات وفضل النفقة على الأهل باب : إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه (رقم : ٥٠٤٩) .

(٣) البيان والتحصيل : ٤/ ٣٣١ .

(٤) المصباح المنير : ص ٢٧٧ .

(٥) شرح حدود ابن عرفة : ١/ ٢٤٦ .

والولي إن كـان منفـردا ، والأوليـاء إن تتـعـددوا وتسـاووا في الدرجـة فلو رضيت المرأة الزواج من غير الكفء ولم يرض الولي فللأولياء الفسخ ما لم يتم الدخول ، فإن دخل فلا فسخ .

فإن تركت المرأة حقها فحق الولي باق والعكس[1] .

واختلف العلماء في تحديد الكفاءة :

فـقـال المالكيـة : هـي المماثلة والمقـاربة في الدين والمال ، وهو الراجح والمعمول به في المذهب[2] .

قال خليل : " والكفاءة الدين والحال ولها وللولي تركها "[3] .

فالكفاءه ؛ أن يكون الزوج ذا دين غير فاسق ، والحـال ؛ السلامـة من العيوب التي توجب لها الخيار في الزوج ، لا الحال بمعنى الحسب والنسب ، وإنما تندب فقط ، فإذا كان ذا دين وصلاح وهو خال من العيوب فهو كفء أيا كانت حاله من دناءة في الحسب والنسب ومن رقة الرزق وهوان الحرفة .

واستدل المالكية على اعتبار الدين في الكفاءة بما يلي :

لقوله تعالى : ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ﴾[4] وقال : ﴿ إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ

---

(١) حاشية الدسوقي : ٢/ ٢٤٩ .

(٢) المدونة : ١/ ١٠٠ ، المعونة : ٢/ ٧٤٧ ، مواهب الجليل : ٣/ ٤٦٠ ٤٦١ ، شرح الخرشي على خليل : ٣/ ٢٠٥ .

(٣) مختصر خليل : ص ١٠٥ .

(٤) الحجرات / ١٣ .

إِخْوَةٌ﴾[1] وقوله تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾[2] .

و بما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «تنكح المرأة لأربع: لمالها ولحسبها وجمالها ولدينها، فاظفر بذات الدين تربت يداك»[3] .

وقال رسول الله ﷺ: «إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد كبير، قالوا يا رسول الله: وإن كان فيه؟ قال: إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه ثلاث مرات »[4] .

و عن أبي هريرة رضي الله عنه قال النبي صلى الله عليه وسلم: «أنكحوا أبا هند[5] وأنكحوا إليه» وكان حجاما[6] .

واشترط بعض الفقهاء المال واليسار لاعتبار الكفاءة في النكاح.

فقال الحنفية الكفاءة تكون في النسب والحرية والمال والدين

---

(١) الحجرات/ ١٠ .

(٢) التوبة/ ٧١ .

(٣) أخرجه البخاري في النكاح باب: الأكفاء في الدين (رقم: ٤٨٠٢)، ومسلم في الرضاع باب: استحباب نكاح ذات الدين (رقم: ١٤٦٦).

(٤) أخرجه الترمذي في النكاح باب: ما جاء إذا جاءكم من ترضون دينه فزوجوه وقال: هذا حديث حسن غريب (رقم: ١٠٨٦).

(٥) أبو هند: الحجام قيل اسمه عبد الله وقيل سنان وقيل يسار تخلف أبو هند عن بدر ثم شهد سائر المشاهد وكان يحجم رسول الله ﷺ روى عنه ابن عباس وأبو هريرة رضي الله عنهما. انظر الاستيعاب: ٤/ ٣٢٤٢، الإصابة: ٤/ ٢٠٩ .

(٦) أخرجه أبو داود في الأكفاء وقال: هذا حديث صحيح على شرط مسلم. وقال الحافظ في تلخيص الحبير: إسناده حسن: ٣/ ١٨٨ (رقم: ٢١٠٢).

والحرفة والحسب[1] .

و عند الحنابلة : الدين والمنصب والحرية والصنعة واليسار ، وهو المعتمد في المذهب[2] .

واستدلوا على اشتراط اليسار بقول النبي صلى الله عليه وسلم : «الحسب المال»[3] .

و لقوله عليه الصلاة والسلام : «أحساب أهل الدنيا هذا المال»[4] .

و قال لفاطمة بنت قيس عندما أخبرته أن معاوية خطبها قال : «أما معاوية فصُعْلُوكٌ لا مال له»[5] .

مراعاة الخلاف في هذه المسألة :

لاحظ الإمام مالك رحمه الله قول من اشترط اليسار وقال به مراعاة للخلاف .

فقد جاء في المدونة : " أن امرأة مطلقة أتت إلى مالك فقالت : إن لي ابنة في حجري موسرة مرغوبا فيها فأراد أبوها أن يزوجها من ابن أخ له فقير ، أفترى لي في ذلك متكلما ، قال : نعم إني لأرى لك متكلما "[6] .

---

(١) بدائع الصنائع : ٢/ ٣١٩ .

(٢) منتهى الإرادات : ٢/ ١٦٩ ، المغني : ٦/ ٤٨٢ .

(٣) أخرجه الدارقطني : ٣/ ٣٠٢ ، والبيهقي في السنن الكبرى : ٧/ ١٣٦ ، والحاكم : ٢/ ١٦٣ ، وقال : هذا حديث صحيح على شرط البخاري ومسلم ولم يخرجاه .

(٤) أخرجه الدارقطني : ٣/ ٣٠٤ ، والبيهقي في السنن : ٧/ ١٣٥ ، والحاكم في المستدرك : ٢/ ١٦٣ ، وقال : هذا حديث صحيح على شرط البخاري ومسلم ولم يخرجاه .

(٥) أخرجه مسلم : في الطلاق باب : المطلقة ثلاثا لا نفقة لها (رقم : ١٤٨٠) .

(٦) المدونة : ١/ ١٠٠ .

فالقول الراجح في المذهب يقتضي أن يجبر الأب بنته على الزواج من الفقير لعدم اشتراط اليسار ، ولا كلام لأحد حتى الأم ما لم يحصل للبنت ضرر ظاهر بسبب الفقر إلا أن الإمام مالكا ـ رحمه الله ـ راعى اشتراط اليسار وأعطى الأم الحق في منع الزواج لعدم تحقق الكفاءة وذلك لوجود المسوغ ، وهو الاحتياط في الأبضاع .

وقد اختصر خليل هذا المعنى فقال : " وللأم التكلم في تزويج الأب الموسرة المرغوب فيها من فقير "[1] .

المسألة الثامنة : نكاح الشغار :

نكاح الشغار : هو أن يقول الرجل لآخر زوجني مولاتك بنتك أو أختك ، وأزوجك مولاتي ، و لا مهر بينهما[2] .

أو هو : البضع بالبضع مع الشرط والالتزام .

اختلف الفقهاء في أثر هذا الشرط على صحة العقد بعد الوقوع ، هل يفسده أو لا ؟

قال الحنفية : هذا العقد صحيح ، والشرط باطل ، ويلزم مهر المثل ، لأن هذا النكاح مؤبد أدخل فيه شرط فاسد ، والشروط الفاسدة لا تبطل العقد ، وإنما يلغى الشرط الفاسد ويصحح العقد[3] .

---

(١) مواهب الجليل : ٣/ ٤٦٠ -٤٦١ ، حاشية الدسوقي : ٢/ ٢٤٩ .

(٢) شرح ميارة على تحفة الحكام : ١/ ١٧٣ ، شرح حدود ابن عرفة : ١/ ٢٦٠ .

(٣) بدائع الصنائع : ٢/ ٢٧٦ ، حاشية ابن عابدين : ٢/ ٣٣٢ .

أما النهي الوارد في حديث ابن عمر رضي الله عنه : « أن رسول الله ﷺ نهى عن نكاح الشغار »[1] فقد وجهه الحنفية التوجيه التالي :

١- النهي الوارد عن الشارع متعلق بحقيقة الشغار ، وهم ينفون هذه الحقيقة وما يصدق عليها شرعا ، والذي قالوا بحله ونفاذه إنما هو العقد بمهر المثل ، كما لو سمى في الصداق خمرا أو خنزيرا فإن العقد لا يبطل ، وإنما الذي يبطل هو الصداق المسمى ، ويبقى العقد بمهر المثل .

٢- النهي الوارد محمول على الكراهة لا الفساد ، لأن الشارع جعل فساد المسمى في الصداق موجبا لمهر المثل في غير هذا مع الكراهية ، فيحمل النهي هنا على الكراهة قياسا على غيره .

قال ابن عابدين : "إن متعلق النهي مسمى الشغار المأخوذ في مفهومه خلوه عن المهر وكون البضع صداقا ، ونحن قائلون بنفي هذه الماهية وما يصدق عليها شرعا ، فلا نثبت النكاح كذلك بل نبطله ، فيبقى نكاحا مسمى فيه مالا يصلح مهرا ، فينعقد موجبا لمهر المثل كالمسمى فيه خمرا أو خنزيرا ، فما هو متعلق النهي لم نثبته ، وما أثبتناه لم يتعلق به بل اقتضت العمومات صحته "[2] .

و قال المالكية : هذا العقد فاسد يجب فسخه قبل الدخول وبعده ، ولو ولدت الأولاد .

---

(١) أخرجه البخاري في النكاح باب الشغار (رقم : ٤٨٢٢) .

(٢) حاشية ابن عابدين : ٢/ ٣٣٢ .

قال الإمام مالك: "يفسخ نكاح الشغار على كل حال ، أي: قبل الدخول وبعده "[1] .

و قال ابن وهب: "سمعت مالكا يقول في الرجل ينكح الرجل على أن ينكحه الآخر امرأة ولا مهر لواحدة منهما ثم يدخل بهما على ذلك ، قال مالك: يفرق بينهما "[2] .

و دليلهم في ذلك:

حديث ابن عمر رضي الله عنه قال: «نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الشغار ، والشغار أن يزوج الرجل ابنته ، على أن يزوجه الآخر ابنته ليس بينهما صداق »[3] .

و عن ابن عمر رضي الله عنه: أن النبي ﷺ قال: «لا شغار في الإسلام»[4] .

و النهي يقتضي فساد المنهي عنه .

قال ابن عاصم:

و البضع بالبضع هو الشغار   وعقده ليس له قرار[5]

---

(١) المدونة: ٢/ ٩٨ ، البهجة شرح التحفة: ١/ ٥٠٧ .

(٢) المرجع السابق.

(٣) سبق تخريجه: ص ٣٨٤ .

(٤) سيق تخريجه: ص ٣٧ .

(٥) انظر: شرح ميارة على التحفة: ١/ ١٧٣ .

مراعاة الخلاف في هذه المسألة:

لكن هل يفسخ هذا النكاح بطلاق؟ قولان عند المالكية:

القول الأول: يفسخ نكاح الشغار بغير طلاق، وهو مذهب سحنون حيث قال في المدونة: "وكل نكاح لا يقر عليه أهله على حال يكون فسخا بغير طلاق في قول مالك" وأقره ابن القاسم.

قال سحنون: "وهو قول أكثر الرواة، إن كل نكاح كانا مغلوبين على فسخه مثل نكاح الشغار، ونكاح المحرم، ونكاح المريض، وما كان صداقه فاسدا فأدرك قبل الدخول، والذي عقد بغير صداق فكانا مغلوبين على فسخه فالفسخ فيه في جميع ما وصفناه بغير طلاق، وما كان فسخه بغير طلاق فلا ميراث فيه"[(١)].

القول الثاني: وهو المشهور في المذهب، يفسخ نكاح الشغار بطلقة بائنة، ويثبت الميراث بين الزوجين مراعاة للخلاف -أي مراعاة لقول الحنفية-، وهو قول مالك ومذهب المدونة في كل نكاح مختلف فيه.

قال ابن القاسم: "وأصل هذا وهو الذي سمعته من قول من أرضى من أهل العلم أن كل نكاح اختلف الناس فيه ليس بحرام من الله ولا من رسوله أجازه قوم وكرهه قوم أن ما طلق فيه يلزمه"[(٢)].

قال سحنون: "وهذا الذي قاله لرواية بلغته عن مالك"[(٣)].

---

(١) المدونة: ٢/ ٩٨-٩٩.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

المسألة التاسعة : نكاح البنت بعد موت الأم وقبل الدخول بها :

القاعدة في المحرمات في النكاح أن العقد على البنات يحرم الأمهات ، والدخول بالأمهات يحرم البنات .

و ذلك لقوله تعالى : ﴿وَرَبَائِبُكُمُ اللاَّتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُمُ اللاَّتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾[١] .

وفسر الإمام مالك الدخول بالتلذذ والمس بشهوة أو التقبيل ، فمتى تلذذ بالمرأة حرمت عليه بنتها ، وكذلك إذا نظر إلى شعرها أو صدرها أو شيء من محاسنها للذة حرمت عليه[٢] .

فإذا طلق الرجل امرأة أو ماتت قبل أن يدخل بها لم تحرم عليه بنتها لعدم الدخول بها .

روى الإمام مالك عن يحيى بن سعيد أنه قال : "سئل زيد بن ثابت عن رجل تزوج امرأة ثم فارقها قبل أن يصيبها ، هل تحل له أمها؟ فقال زيد بن ثابت : لا ، الأم مبهمة ليس فيها شرط وإنما الشرط في الربائب "[٣] .

أي أنه عقد نكاحها ثم طلقها قبل أن يطأها ثم أراد أن يتزوج أمها ، فسأل زيد بن ثابت هل يحل له ذلك ؟ فقال زيد بن ثابت : الأم مبهمة[٤] يريد

---

(١) النساء / ٢٣ .

(٢) أحكام القرآن للقرطبي : ٥/ ١١٣ ، المعونة : ٢/ ٨١٥ ، مواهب الجليل : ٣/ ٤٦٢ ، حاشية الدسوقي : ٢/ ٢٥١ .

(٣) أخرجه الإمام مالك في النكاح باب : ما لا يجوز من نكاح الرجل أم امرأته .

(٤) المرجع السابق .

أن ذكرها في آية التحريم مطلق غير مقيد بصفة ، لأنه قال تعالى : ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾ فلم يقيد بالبناء ولا غيره ، وهذا معنى قوله ليس فيها شرط ، لأن التقييد بمعنى الشرط ، لأنه لم يشترط في تحريم الأم دخولا ولا غيره .

و قوله رضي الله عنه : " و إنما الشرط في الربائب " يريد أن التقييد إنما ورد في الربائب في قوله تعالى : ﴿وَرَبَائِبُكُمُ اللاَّتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُمُ اللاَّتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ فقيد تحريم ذلك بالدخول بالأم ، فبقيت غير المدخول بها داخلة تحت عموم قوله تعالى : ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَلِكُمْ﴾ .

هذا هو مذهب الإمام مالك وجمهور الفقهاء .

و روي عن زيد بن ثابت أنه قال : " أن الرجل إذا تزوج المرأة فماتت قبل أن يدخل بها لم تحل له ابنتها بخلاف إذا طلقها قبل أن يدخل بها "[1] .

مراعاة الخلاف في هذه المسألة:

وقد راعى ابن القاسم قول زيد بن ثابت رضي الله عنه فقال حين سئل عن رجل تزوج امرأة ولم يبن بها حتى ماتت فقبلها وهي ميتة أو وطئها فقال : " لاينكح أمها ولا ابنتها "[2] .

أما أمها فإنها تحرم عليه بالعقد عليها وإن لم يقبل أو يطأ لأنها مبهمة ولاشرط فيها ، أما الابنة فالأصل أنها لا تحرم إلا بالدخول بالأم أو التلذذ بها للآية ، وقول ابن القاسم هذا مبني على مراعاة قول زيد بن ثابت[3] .

---

(١) المنتقى : ٣/ ٣٠٣ ، الاستذكار : ١٦/ ١٨٩ ، البيان والتحصيل : ٥/ ١٣٠ .

(٢) البيان والتحصيل : ٥/ ١٣٠ .

(٣) المرجع السابق ، مواهب الجليل : ٣/ ٤٦٢ ، حاشية الدسوقي : ١/ ٤٠٨ .

والملاحظ أن ابن القاسم جعل الوطأ والتلذذ بها وهي ميتة أو حية سواء، فيوجب تحريم ابنتها، إذ لا ينقطع عنده بموتها ما كان بينهما من الحرمة بدليل أنه يجوز له أن يغسلها[1] .

هذا هو المشهور والمعروف عن ابن القاسم[2] .

و رأى ابن رشد أن الحرمة التي بينهما تنقطع بموت أحدهما مرجحا في ذلك مذهب الحنفية ، الذين لا يجيزون للزوج تغسيل زوجته بعد الموت[3] ولا تحرم عليه ابنتها بوطئه إياها بعد موتها.

قال ابن رشد: "وهذا الذي يوجبه النظر والقياس ، لأنه وطء لا يحصنه ولا يوجب عليه صداقا ، ولأن عصمة النكاح تنقطع بينهما بموتها ، وإن كانت له ثلاث زوجات سواها[4] .

المسألة العاشرة : نكاح المحرم:

أجاز الحنفية للمحرم أن يعقد النكاح لنفسه ولغيره[5]، واستدلوا بحديث ابن عباس رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ : "تزوج ميمونة وهو محرم"[6].

---

(١) المرجع السابق.

(٢) البيان والتحصيل: ٥/ ١٣٠ ، مواهب الجليل: ٣/ ٤٦٢ .

(٣) فتح القدير: ١/ ٤٥٢ .

(٤) البيان والتحصيل: ٥/ ١٣٠ .

(٥) تبيين الحقائق: ٢/ ١١٠ .

(٦) أخرجه البخاري في النكاح باب: نكاح المحرم (رقم: ٤٨٢٤) ، ومسلم في النكاح باب: تحريم نكاح المحرم وكراهة خطبته (رقم: ١٤١٠).

قال محمد بن الحسن: "قد جاء في هذا اختلاف، فأبطل أهل المدينة نكاح المحرم، وأجاز أهل مكة وأهل العراق نكاحه، وروى عبد الله بن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ تزوج ميمونة بنت الحارث رضي الله عنها، وهو محرم، فلا يعلم أحد ينبغي أن يكون أعلم بتزوج رسول الله ﷺ ميمونة من ابن عباس، وهو ابن أختها.

فلا نرى بتزويج المحرم بأسا، ولكنه لا يقبل ولا يمس حتى يحل من امرأته وهو قول أبي حنيفة والعامة من فقهائنا"[١].

أما عند المالكية فلا يجوز أن ينكح المحرم أو يعقد لغيره، فإن فعل فإن العقد يكون فاسدا[٢].

و حجتهم حديث عثمان بن عفان رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يَنْكِحُ المحرم ولا يُنْكَحْ ولا يخطب»[٣].

وهذا يقتضي منع عقد النكاح للمحرم ويقتضي منع المحرم من عقده لغيره، وإذا اقتضى النهي المنع من عقد نكاح المحرم اقتضى فساده إن عقد، لأن النهي يقتضي فساد المنهي عنه.

واستدلوا بحديث أبي رافع[٤] رضي الله عنه: «أن رسول الله ﷺ تزوج

---

(١) الموطأ براوية محمد بن الحسن الشيباني: ص ١٤٩.

(٢) انظر: الموطأ: ١/ ٣٤٨، المدونة: ١/ ١١٩وما بعدها، المعونة: ١/ ٥٩٧.

(٣) أخرجه مالك في النكاح باب: نكاح المحرم ومسلم في النكاح باب: تحريم نكاح المحرم (رقم: ١٤٠٩)، وأبو داود في الحج باب: المحرم يتزوج (رقم: ١٨٤٢).

(٤) أبو رافع: مولى رسول الله ﷺ اختلف في اسمه فقيل أسلم وهو المشهور كا ن =

ميمونة وهو حلال ، وبنى بها وهو حلال وكنت الرسول بينهما»[1] .

و ما رواه أبو رافع أولى من رواية ابن عباس رضي الله عنهما ، لأنه الذي باشر القضية وهو أعلم ممن لم يباشرها .

روى عن ميمونة أنها قالت : «تزوجني النبي ﷺ ونحن حلالان بسَرِف[2]»[3] .

وهي أعلم بحالها وحال النبي ﷺ لا سيما وقد ذكرت موضع العقد[4] .

مراعاة الخلاف في هذه المسألة :

فعقد نكاح المحرم فاسد عند المالكية لكن هل يفسخ بطلاق أو بدون طلاق؟ قولان :

القول الأول : يفسخ بطلاق مراعاة للاختلاف وهو المشهور ومذهب المدونة .

= للعباس عم الرسول ﷺ فوهبه للرسول فلما أسلم العباس بشر أبو رافع رسول الله ﷺ بإسلامه فأعتقه شهد أبو رافع أحدا والخندق وما بعدها من المشاهد ولم يشهد بدرا مات في خلافة علي بن أبي طالب . انظر : الاستيعاب : ١/ ٣٤ ، الإصابة : ١/ ٥٤ .

(١) أخرجه الإمام أحمد : ٢/ ٣٩٢-٣٩٣ ، والترمذي في الحج باب : ما جاء في كراهية تزويج المحرم وقال : هذا حديث حسن (رقم : ٨٤١) .

(٢) سرف بفتح أوله وكسر ثانيه بعده فاء موضع على بعد ستة أميال من مكة . انظر معجم البلدان ٣/ ٢١٢ .

(٣) أخرجه مسلم في النكاح باب : تحريم نكاح المحرم وكراهة خطبته (رقم : ١٤١١) ، وأبو داود في الحج باب : المحرم يتزوج (رقم : ١٨٤٣) ، والترمذي في الحج باب : ما جاء في الرخصة في ذلك (رقم : ٨٤٤) .

(٤) انظر المنتقى : ٢/ ٢٣٨ .

قال ابن القاسم: "ومما يبين ذلك نكاح المحرم أنه قد اختلف فيه، فأحب ما فيه إلي أن يكون الفسخ فيه تطليقة"[1].

قال ابن رشد: "قول ابن القاسم في المدونة يفسخ بطلاق مراعاة للاختلاف"[2].

القول الثاني: يفسخ وليس فيه طلاق وهو القياس على أصل المذهب في أن المحرم لا يجوز نكاحه، ومالا يجوز نكاحه لا ينعقد[3].

المسألة الحادية عشرة : الشروط في عقد النكاح:

الشروط التي تكون في عقد النكاح عند المالكية قسمان:

قسم لا يفسد به النكاح في حالة عدم الوفاء بها ، مثل أن يتزوجها على أن لا يتزوج عليها ولا يتسرى معها ولا يخرجها من البلد ولا يمنعها من المسجد وما أشبه ذلك.

و هذه الشروط إما مطلقة أو مقيدة.

فإن كانت مطلقة غير مقيدة استحب للزوج الوفاء بها مراعاة لمن أوجب الوفاء بها.

فإن كانت مقيدة بتمليك أو يمين أو طلاق أو عتاق فهي لازمة والنكاح جائز.

---

(١) المدونة: ١/ ١١٩.

(٢) البيان والتحصيل: ٤/ ٣١٦.

(٣) المرجع السابق المدونة: ١/ ١١٩.

قال الإمام مالك رحمه الله : "الأمر عندنا أنه إذا شرط الرجل للمرأة - وإن كان ذلك عند عقدة النكاح- أن لا أنكح عليك ولا أتسرى ، إنَّ ذلك ليس بشيء، إلا أن يكون بيمين طلاق أو عتاق فيجب ذلك عليه ويلزمه "[1] .

و جاء في البيان والتحصيل أن الإمام مالكا ـ رحمه الله ـ سئل عمن تزوج امرأة على أن لا يمنعها من المسجد فقال : "ينبغي له أن يفي لها بما قال، ولا يقضى بذلك عليه، فإن أبى أن يدعها فذلك له ، وله أن يمنعها "[2] .

وهو مذهب علي بن أبي طالب رضي الله عنه فقد روي أنه رفع إليه رجل تزوج امرأة وشرط لها دارها فقال عَليٌّ: "شرط الله قبل شرطهم أو قال: قبل شرطها " . ولم ير لها شيئا[3] .

قوله: "شرط لها دارها " أي: شرط لها أن لا يخرجها من دارها ولا يرحلها عنها.

وقوله: شرط الله قبل شرطها يريد قوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾[4] .

وروى مالك أنه بلغه أن سعيد بن المسيب سئل عن المرأة تشترط على زوجها أنه لا يخرج بها من بلدها ، فقال سعيد بن المسيب : "يخرج بها

---

(١) انظر الموطأ كتاب النكاح باب: ما لا يجوز من الشروط في النكاح.

(٢) البيان والتحصيل: ٤/ ٥ .

(٣) الاستذكار: ١٦/ ١٤٤ ، مصنف عبد الرازق: ٦/ ٢٣١ .

(٤) الطلاق / ٦ .

إن شاء "[1] .

واستدل الإمام مالك بحديث عائشة أن رسول الله ﷺ قال: «كل شرط ليس في كتاب الله عز وجل فهو باطل وإن كان مائة شرط»[2] .

في كتاب الله، أي في حكم رسوله، أو فيما دل عليه الكتاب أو السنة فهو باطل ، والله قد أباح أربع نسوة من الحرائر وما شاء مما ملكت الأيمان ، وأباح له أن يخرج بامرأته حيث شاء ، وينتقل بها من حيث انتقل[3] .

وقال النبي ﷺ: «المسلمون على شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا»[4] .

وهذا يُحرِّم الحلال؛ وهو التزويج والتسري والسفر ، لأن هذا شرط ليس من مصلحة العقد ولا مقتضاه، فكان فاسدا كما لو شرطت أن لا تسلم نفسها.

وذهب جماعة من العلماء إلى وجوب الوفاء بهذه الشروط ، فإن لم يفعل فسخ النكاح.

---

(١) انظر الموطأ كتاب النكاح باب: ما لا يجوز من الشروط في النكاح ، والاستذكار: ١٦/١٤٣ .

(٢) أخرجه النسائي في الطلاق باب: خيار الأمة تعتق وزوجها مملوك (رقم: ٣٤٥١) ، والإمام أحمد: ٦/ ٢١٣ .

(٣) الاستذكار: ١٦/ ١٤٧ .

(٤) أخرجه أبو داود في الأقضية باب: في الصلح (رقم: ٣٥٩٤) ، والترمذي في الأحكام باب: الصلح وقال: حسن صحيح (رقم: ١٣٥٦) ، وابن ماجه في الأحكام باب: الصلح (رقم: ٢٣٥٣) ، وأحمد: ٢/ ٣٦٦ .

ويروى هذا عن عمر بن الخطاب وسعد بن أبي وقاص ومعاوية بن أبي سفيان وعمرو بن العاص وبه قال شريح[1] وعمر بن عبد العزيز وطاووس[2] والأوزاعي والإمام أحمد .

حجتهم في ذلك حديث النبي ﷺ : «أحق الشروط أن تُوفُوا به ما استحللتم به الفروج»[3] .

وسئل عمر بن الخطاب عن رجل تزوج على أن لا يخرجها من دارها ، فقال عمر : "لها شرطها والمسلمون عند شروطهم ومقاطع الحقوق عند الشروط"[4] .

وروي أن امرأة خاصمت زوجها إلى عمر بن عبد عزيز وكان قد شرط لها دارها حين تزوجها لا يخرجها منها فقضى عمر أن لها دارها لا يخرجها منها ، وقال : "والذي نفس عمر بيده لو استحللت فرجها بزنة أحد ذهبا

---

(١) شريح : بن الحارث بن قيس الكندي الفقيه قاضي الكوفة أسلم في حياة النبي ﷺ وانتقل من اليمن زمن الصديق حدث عن عمر وعلي ، وهو نزر الحديث ، وعنه الشعبي وإبرهيم النخعي وابن سرين وغيرهم ، ولاه عمر قضاء الكوفة توفي سنة ٧٨هـ. انظر : سير أعلام النبلاء : ٥/ ٣٩٩ ، تذكرة الحفاظ : ١/ ٥٩ .

(٢) طاووس : بن كيسان الفقيه عالم اليمن أبو عبد الرحمن الحافظ سمع من زيد بن ثابت وعائشة وأبي هريرة وابن عباس ولازمه مدة وعنه عطاء ومجاهد وجماعة من أقرانه توفي عام ١٠٦هـ. انظر : سير أعلام النبلاء ٥/ ٢٣٥ ، تذكرة الحفاظ : ١/ ٩٠ .

(٣) أخرجه البخاري في الشروط باب : الشروط في المهر عند عقدة النكاح (رقم : ٢٥٧٢).

(٤) مصنف عبد الرازق : ٦/ ٢٢٧ ، الاستذكار : ١٦/ ١٤٦ .

لأخذتك به لها "[1] .

وهو قول طاووس حيث قال : "كل امرأة مسلمة اشترطت شرطا على رجل استحل به فرجها فلا يحل له إلا أن يفي به "[2] .

وقالوا : لأنه شرط فيه منفعة مقصودة ولا يمنع المقصود من النكاح فكان لازما ، كما لو شرطت عليه زيادة المهر أو غير نقد البلد .

مراعاة الخلاف في هذه المسألة :

قال بعض المالكية لا يمنعها من المسجد وإن لم تشترط ذلك عليه لأن ذلك مندوب إليه بقول النبي صلى الله عليه وسلم : «لا تمنعوا إماء الله مساجد الله»[3] وذلك عليه مع الشرط آكد لثلاثة أوجه :

١ـ قول رسول الله ﷺ : «أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج» .

٢ـ الوفاء بالعهد إذ قال رسول الله ﷺ أن الخلف فيه من علامات النفاق .

٣ـ مراعاة الخلاف إذ قد ذهب جماعة من العلماء إلى أنها واجبة يقضى بها[4] .

---

(١) الاستذكار : ١٦/ ١٤٧ .

(٢) المرجع السابق : ١٦/ ١٤٥ .

(٣) أخرجه مسلم في الصلاة باب : خروج النساء إلى المساجد (رقم : ٤٤٢) .

(٤) البيان والتحصيل ٤/ ٥ .

المبحث الثاني

أثر مراعاة الخلاف في الطلاق وما يتعلق به

المسألة الأولى : تعليق الطلاق على الزواج :

اختلف العلماء في تعليق الطلاق على الزواج هل يقع أو لا يقع؟ .

كأن يقول : إن تزوجتك فأنت طالق .

فعند المالكية تعليق الطلاق على النكاح نوعان[1] :

النوع الأول : أن يعلق الطلاق على زواجه بامرأة معينة ، كأن يقول لامرأة أجنبية : إن تزوجتك فأنت طالق ، فهذا الطلاق يقع بمجرد الدخول .

لما روي عن عمر بن الخطاب وعبد الله بن عمر وعبد الله بن مسعود وسالم بن عبد الله والقاسم بن محمد وابن شهاب الزهري وسليمان بن يسار رضي الله عنهم أنهم كانوا يقولون إذا حلف الرجل بطلاق امرأة قبل أن ينكحها ثم أثم إن ذلك لازم له إذا نكحها[2] .

و لأن قوله لأجنبية إن تزوجتك فأنت طالق هو تصرف يمين علق فيه الجزاء على وجود الشرط ، وكل ما هو كذلك لا يشترط لصحته قيام الملك في الحال ، لأن الوقوع لا يتيقن إلا عند الشرط ، وإذا كان متيقنا وجوده

---

(١) انظر : المدونة ٢/ ١٢٦ ـ١٢٧ ، المعونة : ٢/ ٨٤٢ ، المنتقى : ٤/ ١١٥ ، الاستذكار : ١٨/ ١١٩ ، حاشية الدسوقي : ٢/ ٣٧٢ .

(٢) أخرجه مالك في الطلاق باب : يمين الرجل بطلاق مالم ينكح ، وعبد الرزاق في المصنف : ٦/ ٤٢١ .

وقع الطلاق لوجود المقتضي .

قال الباجي : " إنه أضاف الطلاق إلى النكاح فوجب أن يلزمه ، كما لو تقدم عقد النكاح "[1] .

لأنه أضاف الطلاق إلى حال يملك فيها ابتداء إيقاعه ، فصح ذلك اعتبارا به إذا أضافه حال الملك ، مثل أن يقول لزوجته : إذا دخلت الدار فأنت طالق .

و يدخل في هذا النوع كذلك إذا عين قبيلة أو قوما أو بلدا ، كأن قال : كل امرأة أتزوجها من بني فلان أو من بلد كذا أو من الشام أو من مصر فهي طالق .

أو أضاف ذلك إلى زمان يبلغه عمره نحو كل امرأة أتزوجها إلى سنة كذا أو في مدة عشر سنين طالق ، فكل هذا يلزمه .

لأن الإمام مالكا يقول : " إذا سد على نفسه باب الاستمتاع لم يلزمه شيء ، وإذا لم يسد على نفسه باب الاستمتاع لزمه ذلك "[2] .

وهو بتعليق الطلاق على الزواج ببلد معين لم يسد على نفسه باب الاستمتاع فلزمه الطلاق .

النوع الثاني : أن يعم جميع النساء كأن يقول : كل امرأة أتزوجها طالق ، فإذا قال ذلك فلا يلزمه شيء للحرج والمشقة كما هي قاعدة الشرع أن

---

(١) المنتقى : ٤/ ١١٥ .

(٢) المدونة : ٢/ ١٢٦ ، المنتقى : ٤/ ١١٥ .

الأمر إذا اتسع ضاق ، وإذا ضاق اتسع ، ولأنه سد على نفسه باب الاستمتاع فلم يلزمه .

و قد روي أن عبد الله بن مسعود كان يقول فيمن قال كل امرأة أنكحها فهي طالق : " أنه إذا لم يسم قبيلة أو امرأة بعينها فلا شيء عليه " [١] .

قال مالك : " وهذا أحسن ما سمعت " [٢] .

و ذهب الشافعية[٣] والحنابلة[٤] إلى أنه لا يصح الطلاق قبل النكاح لا في الخصوص ولا في العموم ولا في الأعيان، واستدلوا بما يلي :

١- بقوله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ﴾[٥] .

فشرط أن يكون الطلاق بعد النكاح ، فلم يجز أن يكون قبله .

٢- ما رواه جابر ومعاذ وابن عباس وعائشة رضي الله عنهم قال النبي ﷺ : «لا طلاق قبل نكاح»[٦] .

---

(١) أخرجه مالك في الطلاق باب : يمين الرجل بطلاق مالم ينكح .

(٢) المرجع السابق والمنتقى : ٤/ ١١٥ .

(٣) مغني المحتاج : ٣/ ٢٩٢ ، المهذب : ٢/ ٩٨ .

(٤) المغني : ٧/ ١٣٥ ، بداية المجتهد : ٢/ ٨٣ ، الفقه الإسلامي وأدلته : ٧/ ٣٧٦ .

(٥) الأحزاب / ٤٩ .

(٦) أخرجه الترمذي في الطلاق باب : ما جاء لا طلاق قبل النكاح (رقم : ١١٨) وقال : حسن صحيح وهو أحسن شيء روي في هذا الباب ، وابن ماجة في الطلاق باب : لا طلاق قبل النكاح (رقم : ٢٠٤٨) .

وقال رسول الله ﷺ : «لا طلاق إلا فيما تملك ولا عتق إلا فيما تملك ولا بيع إلا فيما تملك»[1] .

فدل على أنه لا طلاق يقع قبل نكاح .

مراعاة الخلاف في هذه المسألة :

سئل ابن القاسم عن رجل حلف إن تزوج فلانة فهي طالق البتة ، فتزوجها فدخل بها فرفع ذلك إلى صاحب الشرطة فأراد أن يفرق بينهما ، فكتب إليه ابن القاسم : " لا تفرق بينهما " .

وقال : " بلغني عن ابن المسيب أن رجلا قال : حلفت بطلاق فلانة إن تزوجتها ، قال : تزوجها تزوجها وإثمك في رقبتي "[2] .

و كذلك أفتى الإمام مالك رحمه الله للمخزومي بعدم وقوع الطلاق .

ففتوى الإمام مالك وابن القاسم إنما هي مراعاة لمن قال لا يقع الطلاق قبل النكاح .

قال ابن رشد معلقا على فتوى ابن القاسم : " هذا صحيح على أصولهم في مراعاة الخلاف ، لأن الخلاف فيه قوي مشهور ، والقائل به تعلق بما روي عن النبي ﷺ : «لا طلاق قبل نكاح» .

فقال ابن القاسم مراعاة لهذا الخلاف : إنه لا يفرق بينهما إذا دخلا

---

(١) أخرجه أبو داود في الطلاق باب : في الطلاق قبل النكاح من رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده (رقم : ٢١٩) .

(٢) البيان والتحصيل : ٦/ ١٩١ .

والمشهور أنه يفرق بينهما ، وأنهما لا يتوارثان[1] .

و قال ابن رشد في مكان آخر من البيان والتحصيل : "راعى ابن القاسم في هذه الرواية من ذهب من أهل العلم إلى أنه لا يلزم الرجل طلاق ما لم ينكح . . وهو مذهب الشافعي وكثير من العلماء "[2] .

و إنما راعى الإمام مالك وابن القاسم الخلاف لرفع الحرج والمشقة عن الزوجين بإيقاع الطلاق ، وما يترتب عليه من أحكام ، فترك الإمام مالك اجتهاده وأخذ بقول من لا يوقع الطلاق .

إلا أن ابن رشد اعتبر عدم التفريق شذوذا ، لأن مراعاة الخلاف عنده تكون في ترتيب أحكام النكاح الصحيح كالطلاق والعدة والميراث ، أما تصحيح النكاح وعدم التفريق بين الزوجين فهو شذود في رأيه[3] .

المسألة الثانية : حساب عدة التي لا تحيض :

من طلق امرأته في بعض النهار وهي لا تحيض أو مات عنها زوجها ، هل تبتدىء العدة من الساعة التي طلقت أو مات فيها زوجها ، أو تلغي ذلك اليوم وتعتد من غروب الشمس؟ .

ذهب الإمام مالك إلى إلغاء بقية ذلك اليوم ولا تعتد ، وتبدأ عدتها من الغروب[4] .

---

(١) المرجع السايق .

(٢) المرجع السابق .

(٣) المرجع السابق : ٦/ ٣٣٦ .

(٤) المعونة : ٢/ ٩١٦ ٩١٧ ، الشرح الكبير : ٢/ ٤٧١ ، حاشية الدسوقي : ٢/ ٤٧١ .

فقد سئل الإمام مالك رحمه الله عن رجل حلف بطلاق امرأته ألبته ألا يكلم أخا له عشرة أيام وكان حلفه ضحوة ، أترى أن تعتد بذلك اليوم؟

قال : "أحب إلي أن تلغي ذلك اليوم ولا تعتد به " قال : ابن القاسم وهو رأي[1] .

ووجه هذا القول أن السنة والشهر واليوم لما كان أول كل واحد منهما غروب الشمس عند العرب بخلاف العجم ، وأجمع أهل العلم كذلك أن من نذر اعتكاف يوم يبدأ من أول الليل ، فرأى الإمام مالك أن تبتديء المعتدة أيام عدتها من غروب الشمس .

ومعنى قوله : "أرى أن تلغي بقية ذلك اليوم " معناه تلغيه في حسابها لا أنها تكون فيه غير معتدة[2] .

فإن تزوجت المرأة على هذا القول بعد الوقت الذي هلك فيه زوجها وقبل الغروب فسخ نكاحها لأنها تزوجت قبل انتهاء عدتها .

قال القاضي عبد الوهاب : "تلغي اليوم احتياطا لصعوبة ضبط الوقت الذي تبتدىء منه وقابلته به ، لأن نظائره قد فعل فيه مثل ذلك باعتبار الأربعة أيام لأقامة المسافر ، والعقيقة ، والحول في الزكاة ، فكذلك هاهنا والأولى القياس "[3] .

---

(١) البيان والتحصيل : ٥/ ٣٥٦ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) المعونة : ٢/ ٩١٧ .

و ذهب أكثر أهل العلم من الشافعية[1] والحنابلة[2] والحنفية[3] إلى أنها تعتد إلى مثل الساعة التي توفي فيها زوجها أو طلقت .

فمن طلق امرأته في بعض النهار وهي ممن لا تحيض ، أو مات عنها زوجها في ذلك الوقت اعتدت بقية اليوم من عدتها وأبقته بمثل ما مضى فيه قبل الطلاق أو قبل الوفاة من يوم آخر في آخر عدتها التي طلقت فيه أو مات زوجها عنها فيه ، وحلت للأزواج .

جاء في المغنى : " وتجب العدة من الساعة التي فارقها زوجها فيها ، فلو فارقها نصف الليل أو نصف النهار اعتدت من ذلك الوقت إلى قبله في قول أكثر أهل العلم "[4] .

و دليلهم قوله تعالى : ﴿فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاثَةُ أَشْهُرٍ﴾ وذلك يقتضي العد من وقت الوجوب ولا تجوز الزيادة عليها بغير دليل ، وحساب الساعات ممكن إما يقينا وإما استظهارا فلا وجه للزيادة على ما أوجبه الله[5] .

و لأن من حلف لا يكلم زيدا ثلاثة أشهر ، أو أجره داره ثلاثة أشهر وأطلق ، كان محمولا على أنها من وقته ، فكذلك هنا .

---

(١) الحاوي : ١٤/ ٩١٥ وما بعدها ، نهاية المحتاج : ٧/ ١٣٩ .

(٢) المغني : ٧/ ٤٥٩ .

(٣) فتح القدير : ٣/ ٢٨٦ .

(٤) المغني : ٧/ ٤٥٩ .

(٥) المرجع السابق .

مراعاة الخلاف في هذه المسألة:

راعى ابن القاسم هذا القول ولم يفسخ نكاح من تزوجت بعد الوقت الذي مات فيه زوجها أو طلقها وقبل غروب الشمس.

قال ابن القاسم: "وأنا أرى أن يلغى ذلك اليوم، فإن امرأة تزوجت بعد الوقت الذي هلك زوجها فيه أو طلقها لم أر أن يفسخ، لأنها قد استكملت الذي قال الله تعالى في كتابه وتزوجت"[1].

و الأصل أن يفسخ النكاح لأنه مذهب مالك، ولكنه راعى الخلاف لرفع الحرج عن الزوجين اجتنابا للفسخ.

قال ابن رشد: "وقول ابن القاسم في المسألة، استحسان ومراعاة للاختلاف"[2].

المسألة الثالثة: الرجعة بالفعل المجرد عن النية:

عرف ابن عرفة الرجعة بقوله: "رفع الزوج أو الحاكم حرمة المتعة بالزوجة لطلاقها"[3].

و عرفها ابن الحاجب: "رد المعتدة عن طلاق قاصر عن الغاية ابتداء غير خلع بعد دخول ووطء جائز"[4].

---

(١) البيان والتحصيل: ٥/ ٣٥٦، ٦/ ٢٥٤.
(٢) المرجع السابق.
(٣) شرح حدود ابن عرفة للرصاع: ١/ ٢٨٧.
(٤) المرجع السابق.

والأصل في ثبوت الرجعة قوله تعالى: ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ ﴾[1] وقوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ﴾[2] قيل هي الرجعة.

و قوله صلى الله عليه وسلم لعمر بن الخطاب لما طلق ابنه عبد الله زوجته وهي حائض: «مره فليراجعها»[3].

و لا خلاف بين العلماء أن الرجعة تصح بالقول، واختلفوا في حصولها بالفعل.

فقال المالكية[4] والحنفية[5] والحنابلة[6] تحصل الرجعة بالفعل كالوطء والقبلة واللمس بشهوة.

و ذهب الشافعية إلى أن الرجعة لا تكون إلا بالقول[7].

واختلف الذين أجازوا الرجعة بالفعل في اشتراط النية.

فاشتراط المالكية النية مع القول أو الفعل، لأن تصرف الزوج يحتاج إلى دلالة قوية على رغبته في إعادة المطلقة وهو يكون بالنية.

---

(١) البقرة / ٢٢٨.

(٢) البقرة / ٢٢٩.

(٣) أخرجه البخاري في الطلاق (رقم: ٤٩٥٣)، ومالك في الطلاق باب: ماجاء في الأقراء وعدة الطلاق.

(٤) المدونة: ٢/ ٢٢٤، المعونة: ٢/ ٨٥٩، مواهب الجليل: ٤/ ١٠١، الشرح الكبير: ٢/ ٤٧٢، حاشية الدسوقي: ٢/ ٤١٦.

(٥) فتح القدير: ٣/ ١٦١، حاشية ابن عابدين: ٢/ ٧٢٨.

(٦) المغني: ٧/ ٣٨٣.

(٧) الحاوي: ١٣/ ١٦٩ وما بعدها.

لقوله ﷺ : «إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرىء ما نوى» ولأنه معنى مبيح للوطء فلم يصح إلا بنية كالتلفظ بعقد النكاح ، ولأنه أحد الأنواع التي تثبت بها الرجعة كالقول .

ولم يشترط الحنفية والحنابلة النية لصحة الرجعة بالفعل وكذلك ابن وهب من المالكية .

فقال الحنفية تحصل الرجعة بالفعل وهو كل ما يوجب حرمة المصاهرة كلمس بشهوة ووطء ولو في الدبر ـ على المعتمد ـ مع أنه حرام ، وتقبيل بشهوة على أي موضع ولو اختلاسا أو نائما أو مكرها أو مجنونا أو معتوها .

سواء نوى المطلق الرجعة أم لا ، لأن حصول هذا الفعل يدل بوضوح على رغبته في إمساك زوجته ولأن الزوجية باقية ، لأن الله تعالى سمى المطلق بعلا والبعل هو الزوج فقال : ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ ﴾[1] .

وكذلك عند الحنابلة تحصل الرجعة بالقول الصريح وبالوطء سواء نوى به الرجعة أم لم ينو به ، لأن الطلاق سبب زوال الملك والوطء من المالك يمنع زواله ، كوطء البائع أمته المبيعة مدة الخيار .

ولا تحصل الرجعة بتقبيل المرأة أو لمسها أو كشف فرجها والنظر إليه بشهوة أو غيرها ولا بخلوة والحديث معها ، لأن المذكور كله ليس باستمتاع[2] .

---

(١) فتح القدير : ٣/ ١٦١ ، حاشية ابن عابدين : ٢/ ٧٢٧ .

(٢) المغني ٧ : / ٣٨٣ .

مراعاة الخلاف في هذه المسألة:

و ثمرة الخلاف تظهر فيما إذا طلق امرأته طلاقا رجعيا ثم وطئها في العدة وطأ مجردا عن نية الرجعة واستمر على هذا الوطء ، ولم ينو به الرجعة حتى انقضت العدة ثم طلقها بعد انقضائها .

فعلى مذهب الحنفية والحنابلة لزمه هذا الطلاق لصحة الرجعة بلا نية .

أما على مذهب المالكية الذين اشترطوا النية مع الفعل لحصول الرجعة فلا يلزمه الطلاق ، لأن امرأته قد بانت منه بانقضاء عدتها ، فيكون الطلاق قد وقع على غير محل .

إلا أن المالكية راعوا مذهب الحنفية والحنابلة وقالوا بلزوم الطلاق ولحوقه بالزوجة .

قال الدردير : "مراعاة لقول ابن وهب بصحة رجعته بمجرد الوطء . "[1] .

وقال الدسوقي : "فهو كمطلق في نكاح مختلف فيه والطلاق في النكاح المختلف فيه لاحق فيه كالطلاق الصحيح "[2] .

المسألة الرابعة : اشتراط الإسلام في الحاضنة:

الحضانة : "هي حفظ الولد في مبيته ومؤنة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسده " .[3] .

---

(١) الشرح الصغير : ٢/ ٤١٧ .

(٢) حاشية الدسوقي : ٢/ ٤١٨٨٠٢ .

(٣) التاج والإكليل : ٤/ ٢١٤ .

و المرأة مقدمة في الحضانة لمزيد شفقتها وصبرها ، فهي أقوم بمصالح الحضانة من الرجال.

و حق الحضانة عند المالكية يكون للأم بعد الطلاق أو وفاة الزوج ، فأم الأم ، فجدة الأم وإن علت ، فخالة المحضون فخالة أمه ، فعمة أمه فجدته لأبيه ، فأبو المحضون ، فأخت المحضون فعمته ، فعمة أبيه ، فخالة أبيه فبنت أخي المحضون فبنت أخته ، فالوصي ، فالأخ ، فالجد للأب ، فابن الأخ فالعم فابنه ، فالمولى الأعلى (وهو من أعتق المحضون) فعصبته نسبا ، فمواليه فالأسفل (وهو من أعتق والده) وقدم الشقيق ، فللأم ، فللأب في الجميع. وقدم في المتساويين كأختين وخالتين وعمتين ، أكثرهما صيانة وشفقة ، فإن تساوتا في ذلك فالأسرة.

أما شروط من يستحق الحضانة عند المالكية فستة :

١- العقل فلا حضانة لمجنون ، ولا لمن به طيش.

٢- الكفاءة فلا حضانة لمن لا قدرة له على صيانة المحضون ، كمسنة.

٣- الأمانة في الدين فلا حضانة لسكير أو مشتهر بالزنا أو اللهو الحرام.

٤- وأمن المكان ، فلا حضانة لمن بيته مأوى للفساق ، أو بجوارهم ، بحيث يخشى منهم على البيت الفساد أو سرقة مال المحضون أو غصبه.

٥- الرشد فلا حضانة لسفيه مبذر لئلا يتلف مال المحضون.

٦- وأن يكون خاليا من الأمراض المضرة التي يخشى حدوث مثلها بالولد[1].

---

(١) المدونة : ٢/ ٢٤٤-٢٤٧ ، المعونة : ٢/ ٩٤٠ ، مواهب الجليل : ٤/ ٦١٤ ، التاج والإكليل : ٤/ ٦١٤ .

و لا يشترط الإسلام في الحاضن على المشهور.

قال ابن القاسم في المدونة: "الذمية إذا طلقت والمجوسية يسلم زوجها وتأبى هي الإسلام، فيفرق بينهما، لهما من الحضانة ما للمسلمة، إن كانت كل واحدة منهما في حرز، وتمنع أن تغذيهم بخمر أو خنزير، فإن خيف أن تفعل بهم ذلك ضمت إلى ناس من المسلمين، ولا ينزع منهما"[١].

واستدل المالكية في عدم اشتراط الإسلام بحديث رافع بن سنان[٢] أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم، فأتت النبي ﷺ فقالت: ابنتي، وقال رافع: ابنتي، فقال النبي ﷺ لرافع: «اقعد ناحية»، و لها: «اقعدي ناحية»، وأقعد الصبية بينهما، وقال: «ادعوها» فمالت إلى أمها، فقال النبي ﷺ: «اللهم اهدها، فمالت إلى أبيها فأخذها»[٣].

ولا ينقطع دور الأب في تربية ابنه بحضانة الأم أو قرابتها بل يجب أن يتعهده بالنظر في شأنه وقوله وأدبه.

---

(١) المدونة: ٢/ ٣٠٣-٤٠٣.

(٢) رافع بن سنان: الأنصاري يكنى أبا الحكم هو جد الحميد بن جعفر روى عن النبي صلى الله عليه وسلم روى عنه جعفر والد عبد الحميد. انظر الاستيعاب: ٢/ ٧٣١، الإصابة: ١/ ٤٨٤.

(٣) أخرجه أبو داود في الطلاق باب: إذا أسلم أحد الأبوين مع من يكون الولد (رقم: ٢٢٤٤) والنسائي في الطلاق باب: إسلام أحد الزوجين وتخيير الولد (رقم: ٣٤٩٥)، وابن ماجه في الأحكام باب: تخيير الصبي بين أبويه (رقم: ٢٣٥٢).

لذا قال خليل: " وللأب تعهده عند أمه وأدبه وبعثه للمكتب "[1] أي بعثه لمن يعلمه.

و ذلك كله لحماية الطفل المسلم من التأثر بدين الحاضنة. فإن شك أو خاف على فساد دينه، سقط حق الحاضنة الكافرة ورجع الحق إلى المسلمين في أوليائه.

واشترط الإمام الشافعي[2] وابن وهب من المالكية[3] الإسلام في الحاضنة لقوله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾[4] ولقول النبي ﷺ: «أنا بريء من كل مسلم يقيم بين أظهر المشركين»[5].

والحاضن وإن كان مأمونا على بدن المحضون فهو غير مأمون على دينه. قال ابن وهب: " لأن المسلمة لو أثنى عليها بسوء لسقطت حضانتها، فكيف بهذه؟ "[6] فاشتراط الإسلام سببه الخوف على دين المحضون.

---

(١) مواهب الجليل: ٤/ ٢١٧، حاشية الدسوقي: ٢/ ٥٢٩.

(٢) الحاوي: ١٥/ ١٠٦.

(٣) البيان والتحصيل: ٥/ ٤١٤، مواهب الجليل: ٤/ ٢١٧، حاشية الدسوقي: ٢/ ٥٢٩.

(٤) النساء/ ١٤١.

(٥) أخرجه أبو داود في الجهاد باب: النهي عن قتل من اعتصم بالسجود (رقم: ٢٦٤٥)، والترمذي في السير باب: ما جاء في كراهية المقام بين أظهر المشركين (رقم: ١٦٠٨).

(٦) البيان والتحصيل: ٥/ ١٠٦.

مراعاة الخلاف في هذه المسألة:

و قد راعى ابن القاسم رحمه الله قول الشافعي وابن وهب، حين سئل عن رجل كانت تحته نصرانية فولد له منها أولاد ثم طلقها أو مات عنها ، هل له أن يأخذ أولاده منها أو يأخذهم أهله إن مات؟ قال: "ليس له ولا لهم ، وأمهم أحق بهم ما لم تتزوج.

قلت: فإن تزوجت ولها أخت مسلمة أو نصرانية فأرادت أن تأخذهم ، أتكون أحق بهم من أبيهم.

قال: إذا تزوجت أمهم أو ماتت ، فالأب أولى ببنيه من خالتهم"[1] .

والأصل أن الحضانة تنتقل إلى الخالة لأنها بمنزلة الأم ، ولو كانت كافرة إلا أن ابن القاسم راعى قول الإمام الشافعي وابن وهب في اشتراط الإسلام وجعل الحضانة للأب.

قال ابن رشد: "قول ابن القاسم في هذه الرواية أن الأب أولى ببنيه من خالتهم ، - يريد النصرانية - مراعاة لقول من لايرى للنصرانية حضانة وهو ابن وهب[2] .

(١) المرجع السابق.

(٢) المرجع السابق.

الفصل الثالث

أثر مراعاة الخلاف في المعاملات المالية

وفيه مبحثان :

المبحث الأول

أثر مراعاة الخلاف في أركان البيع

المبحث الثاني

أثر مراعاة الخلاف في بعض المعاملات المالية

المبحث الأول

أثر مراعاة الخلاف في أركان البيع

المسائل التي راعى فيها المالكية الخلاف في مجال المعاملات المالية كثيرة ومتشعبة بعضها يتعلق بأركان البيع، كأن يكون المبيع طاهرا وخاليا من العيوب التي يرد بها المبيع وغير ذلك، وبعضها يتعلق ببعض التصرفات المالية كالرهن والهبة والشفعة وغيرها.

ومن هذه المسائل:

المسألة الأولى: السلم إلى أجل قريب:

السلم يعني السلف[1]، وإنما سمي سلما لأنه يسلم إليه دراهمه ويتركها عنده، من قولهم: أسلمته مائة، أي: تركتها.

و في الاصطلاح، عرفه ابن عرفة بقوله: "عقد معاوضة يوجب عمارة ذمة بغير عين ولا منفعة غير متماثل العوضين"[2].

أو هو أن يسلم عوضا حاضرا في عوض موصوف في الذمة إلى أجل.

وهو مشروع بالكتاب والسنة.

فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ**﴾[3].

---

(1) غرر المقالة في شرح غريب الرسالة للمغراوي: ص ٢١٦.

(2) شرح حدود ابن عرفة: ٢/ ٣٩٥.

(3) البقرة / ٢١٢.

و أما السنة : فما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قدم المدينة ، وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين والثلاث ، فقال : «من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»[(١)] .

و قد استثني عقد السلم من قاعدة عدم جواز بيع المعدوم ، لما فيه من تحقيق مصلحة اقتصادية ترخيصا للناس ، وتيسيرا عليهم .

و قد اشترط العلماء لجواز السلم شروطا منها[(٢)] :

أن يؤجل المسلم فيه إلى أجل معلوم فلا يصح السلم الحال عند المالكية . لقول النبي صلى الله عليه وسلم : «من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم» .

فهذا الحديث أمر بالأجل ، والأمر يقتضي الوجوب ، كما أوجب كون المسلم فيه مقدرا بالكيل أو الوزن .

ولأن السلم أجيز رخصة للرفق بالناس ، ولا يحصل الرفق إلا بالأجل ، فإذا انتفى الأجل انتفى الرفق فلا يصح ، وباعتبارها رخصة فيقتصر على حال ورودها .

وأقل الأجل عند المالكية نصف شهر ، لأن هذه المدة مظنة اختلاف

---

(١) أخرجه البخاري في السلم باب : في كيل معلوم (رقم : ٢١٢٤) ، ومسلم في المساقات باب : السلم (رقم : ١٦٠٤) .

(٢) انظر شروط السلم في المدونة : ٣/ ١١٧-١٤٠ ، المعونة : ٢/ ٩٨٣ ، الكافي : ص٣٣٧-٣٤٠ ، شرح ميارة على التحفة : ٢/ ٧٩ وما بعدها ، حاشية الدسوقي : ٣/ ١٩٥ وما بعدها .

الأسواق غالبا ، واختلافها مظنة لحصول المسلم فيه ، إلا إذا شرط قبض المسلم فيه بمجرد الوصول لبلد غير بلد العقد فلا يشترط التأجيل بنصف شهر بل يصح في الأجل مسافة اليومين فأكثر ذهابا فقط ، بشروط خمسة :

١ـ أن يكون البلد الثاني على مسافة يومين من بلد العقد .

٢ـ أن يشترط في العقد الخروج فورا .

٣ـ وأن يخرجا بالفعل إما بأنفسهما أو بوكيلهما حين العقد .

٤ـ وأن يكون السفر ببر أو ببحر بغير ريح كالمنحدرين ، احترازا من السفر بالريح فلا يجوز لأنه ربما أدى إلى قطع مسافة اليومين في نصف يوم فيؤدي إلى السلم الحال .

متى انخرم شرط من هذه الشروط فلا بد من ضرب الأجل ، وجاز الأجل بنحو الحصاد ، ونزول الحاج ، والصيف والشتاء ، واعتبر من ذلك وسط الوقت لا أوله ولا آخره[١] .

وروي عن سعيد بن المسيب أنه أجاز السلم إلى الثلاثة والأربعة والخمسة[٢] .

وقال الإمام الشافعي : يصح السلم حالا ومؤجلا ، فان أطلق عن الحلول والتأجيل وكان المسلم فيه موجودا كان العقد حالا ، لأنه إذا جاز السلم مؤجلا فلأن يجوز حالا بالأولى لبعده عن الغرر .

---

(١) مواهب الجليل : ٤/ ٥٢٨ ، الشرح الكبير : ٣/ ١٩٥ ، شرح ميارة على التحفة : ٢/ ٨٠ .

(٢) البيان والتحصيل : ٧/ ٢٩٢ .

والمراد من الحديث «إلى أجل معلوم» هو العلم بالأجل لا الأجل نفسه، وفائدة العدول عن البيع إلى السلم الحال حينئذ: هو جواز العقد مع غيبة المبيع، فإن المبيع إذا لم يكن حاضرا مرئيا لا يصح بيعه عند الشافعية، وإن أخر العقد لإحضاره فربما تلف، أو لا يتمكن المشتري من الحصول عليه كما لا يتمكن حينئذ من فسخ العقد، لأن العقد متعلق بالذمة، وما ثبت بالذمة يلزم العاقد به[١].

وأجازه ابن عبد الحكم من المالكية إلى اليوم[٢].

مراعاة الخلاف في هذه المسألة:

إن وقع السلم إلى أجل قريب -أقل من نصف الشهر- يفسخ عند المالكية كما جاء في المدونة عن مالك قوله: "لا خير فيه حتى يكون إلى أجل ترتفع فيه الأسواق وتنخفض" وهو قول ابن القاسم أيضا[٣].

لأن الأجل القريب يشبه الحال الذي لا يجوز فكأن المسلم دفع إلى المسلم إليه دنانير على أن يشتري له سلعة كذا، على أن له ما زاد وعليه ما نقص فدخله الغرر والخطر.

إلا أن الإمام مالكا سئل عن الرجل يشتري الطعام المضمون إلى يومين يوفيه إياه قال: "لا بأس به"[٤].

---

(١) المهذب: ١/ ٢٩٧، مغني المحتاج: ٢/ ١٠٥، الفقه الإسلامي وأدلته: ٤/ ٦٠٦.

(٢) البيان والتحصيل: ٧/ ٢٩٢.

(٣) المدونة: ٣/ ١١٨.

(٤) البيان والتحصيل: ٧/ ٢٩٢.

فلم يقل بفسخه مراعاة لمن أجاز السلم إلى أجل قريب .

قال ابن حبيب : " لا يفسخ مراعاة للاختلاف "[1] .

المسألة الثانية : بيع جلود الميتة :

يكره عند المالكية بيع جلود الميتة حتى بعد الدباغ ، وحملوا الطهارة الواردة في الحديث على طهارة مخصوصة ، وقد ذكرت أدلتهم[2] .

وقال الإمام مالك : " من اشترى جلد ميتة فدبغه وقطعه نعالا فلا يبعها حتى يبين "[3] .

حكم جلود الميتة عند الحنابلة :

ذهب الإمام أحمد بن حنبل إلى تحريم جلود الميتة وتحريم الانتفاع بها قبل الدباغ وبعده ، ومن وجوه الانتفاع البيع ، فلا يجوز بيع جلود الميتة ولو دبغت ، لنجاستها لأن الدباغ لا يطهرها .

واستدل الحنابلة لمذهبهم بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم : «أن لا تستمتعوا من الميتة بإهاب ولا عصب»[4] .

وروي عن عمر بن الخطاب وابنه عبد الله وعائشة كراهية لباس الفراء

---

(١) المرجع السابق .

(٢) انظر : ص ٢٤٢ من هذه الرسالة .

(٣) الاستذكار : ١٥/ ٣٤٣ .

(٤) أخرجه أبو داود في اللباس باب : من روى ألا ينتفع بإهاب الميتة في اللباس (رقم : ٤١٢٧) ، والترمذي في اللباس باب : ماجاء في جلود الميتة إذا دبغت (رقم : ١٧٣٣) .

من غير الذكي[1] فهذا دليل على أن الدباغ لا يطهر الجلد.

وعن زيد بن وهب قال: "أتانا كتاب عمر بن الخطاب ونحن بأذربيجان، أن لا تلبسوا إلا ذكيا"[2].

واحتجوا بأن الله حرم الميتة تحريما عاما لم يخص منها شيئا بعد شيء فكان ذلك واقعا على الجلد واللحم جميعا.

وقال لموسى عليه السلام: ﴿فَاخْلَعْ نَعْلَيْكَ إِنَّكَ بِالْوَادِ الْمُقَدَّسِ طُوًى﴾[3] وكانت نعل موسى من جلد حمار ميت[4].

وطعنوا في حديث ابن عباس رضي الله عنه الذي جاء فيه أن رسول الله ﷺ مر شاه ميتة كان تُصُدِّق بها على مولاة لميمونة زوج النبي صلى الله عليه وسلم فقال: «أفلا انتفعتم بجلدها؟» فقالوا: يا رسول الله، إنها ميتة، فقال رسول الله ﷺ: «إنما حرم أكلها»[5].

فقالوا: حديث ابن عباس مختلف فيه لأن قوما يقولون عن ابن عباس عن ميمونة وقوما يقولون عن ابن عباس عن سودة، ومرة جعلوها لميمونة ومرة يجعلون الشاة لسودة، ومرة جعلوها لمولاة ميمونة[6].

---

(١) التمهيد: ٤/ ١٦٦، الاستذكار: ١٥/ ٣٤٣.

(٢) التمهيد: ٤/ ١٦٦.

(٣) طه/ ١٢.

(٤) التمهيد: ٤/ ١٦٧.

(٥) سبق تخريجه: ص ٢٤١.

(٦) التمهيد: ٤/ ١٦٧.

و أجاز الجمهور بيع جلود الميتة بعد دبغها لأن الدباغ طهارة لها ؛ لقول النبي ﷺ : «إذا دبغ الإهاب فقد طهر»[1] .

مراعاة الخلاف في هذه المسألة :

وجه كراهة المالكية لبيع جلود الميتة بعد دبغها إنما هو مراعاة لمن أجاز بيعها والانتفاع بها وهم الجمهور ، والقياس أن يحرم بيعها لنجاستها .

كما راعى ابن القاسم مذهب أحمد بن حنبل حين سئل عن رجل دبغ جلود الميتة فباعها واشترى بثمنها غنما ، فنمت وتوالدت ثم أراد أن يتوب مما صنع . قال ابن القاسم : "يتصدق بثمن الجلود التي باعها به وليس بالغنم التي اشترى"[2] .

قال عيسى[3] : "إن وجد الذي باع منه الجلود أو ورثته -إن كان قد مات- دفع ذلك إليه أو إليهم ، فإن لم يجده ولا ورثته تصدق به ، فإن جاء بعد ذلك خير بين الصدقة والثمن كاللقطة"[4] .

ووجه التصدق مراعاة لقول من لا يجيز بيع جلد الميتة ولا الانتفاع بها

---

(١) سبق تخريجه : ص ٢٤١ .

(٢) البيان والتحصيل : ٧/ ٤٤٤ .

(٣) عيسى : بن دينار بن واقد بن رجاء كنيته أبو محمد سمع من ابن القاسم وصحبه وعليه تدور الفتيا في الأندلس قال ابن الفرضي : وكان عيسى فاضلا ورعا . توفي بطليطلة سنة ١١٢هـ. انظر : ترتيب المدارك : ٥/ ١٦ ١٧ ، الديباج : ص ١٨٥ ، شجرة النور : ص ٧٨٨٣٩ .

(٤) البيان والتحصيل : ٧/ ٤٤٤ .

على حال دبغ أو لم يدبغ، للاحتياط والورع.

المسألة الثالثة: البيع بشرط البراءة:

البيع بشرط البراءة: عرفه ابن عرفة بقوله: "ترك القيام بعيب قديم"[1].

وقال ابن أبي زمنين[2]: "ترك القيام بكل عيب"[3].

فالبائع يتبرأ مما لم يعلم في المبيع من العيوب فإن ظهر بها عيب لم ترد.

والبيع بشرط البراءة جائز عند الإمام مالك في الرقيق خاصة، وهو المشهور والمعتمد في المذهب المالكي[4]، واستدل الإمام مالك رحمه الله على ذلك بما يلي:

١- قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[5].

وروي أن عبد الله بن عمر باع غلاما بثمانمائة درهم وباعه بالبراءة،

---

(١) شرح حدود ابن عرفة للرصاع: ١/ ٣٧١.

(٢) ابن أبي زمنين: أبو عبد الله بن أبي زمنين القرطبي، تفقه بأبي إبراهيم بن مسرة وسمع منه ومن أحمد بن مطرف وأبان بن عيسى من تآليفه: تفسير القرآن العظيم والمعرب في اختصار المدونة وشرح مشكلها، المنتخب في الأحكام توفي سنة ٣٩٩هـ. انظر: جذوة المقتبس: ص ٥٣، الديباج المذهب: ص ٢٦٩، الفكر السامي: ٢/ ١١٩.

(٣) شرح حدود ابن عرفة للرصاع: ١/ ٣٧٢.

(٤) المدونة: ٣/ ٣٣٥- ٣٣٧، الموطأ: ٢/ ٢١٣، المعونة: ٢/ ١٠٦٦، المنتقى: ٤/ ١١٥، الاستذكار: ١٩/ ٤٩، الذخيرة: ٥/ ٩٢.

(٥) المائدة/ ١.

فقال الذي ابتاعه لعبد الله بن عمر : بالغلام داء لم تسمه لي ، فاختصما إلى عثمان بن عفان بالبراءة ، فقضى عثمان بن عفان على عبد الله بن عمر أن يحلف له ، لقد باعه العبد وما به داء يعلمه ، فأبى عبد الله بن عمر أن يحلف وارتجع العبد ، فصح عنده فباعه عبد الله بعد ذلك بألف وخمسمائة درهم[1] .

وموضع الدليل أن ابن عمر باع بالبراءة ولم ينكر عليه عثمان ، وإنما رأى البراءة مع العلم بالعيب لا تنفع ولم يخالف عليه أحد ، ولأنه شرط البراءة من عيب لم يدلس به ولا كتمه فأشبه إذا أراه إياه[2] .

واستدل المالكية أيضا بقول النبي ﷺ : «ليس الخبر كالمعاينة»[3] والعيوب تتفاوت بعضها أكثر من بعض فكيف يبرأ مما لم يعلم المشتري قدره .

قال الإمام مالك : "لا تنفعه البراءة في شيء يتبايعه الناس كانوا أهل ميراث أو غيرهم إلا بيع الرقيق وحده"[4] .

أما الحيوان والعروض فلا تصح فيها البراءة على القول المشهور ، قال مالك : "البراءة لا تكون في الثياب"[5] .

---

(١) أخرجه مالك في البيوع باب : العيب في الرقيق .

(٢) المعونة : ٢/ ١٠٦٧ ، المنتقى : ٤/ ١٨٥ .

(٣) الحديث عن ابن عباس أخرجه أحمد في مسنده : ١/ ٢٧١ ، والحاكم : ٢/ ٣٢١ ، وصححه على شرط الشيخين ووافقه الذهبي .

(٤) الاستذكار : ١٩/ ٤٩ .

(٥) المنتقى : ٤/ ١٨١ ، الاستذكار : ١٩/ ٤٩ .

وأجازها في العروض ابن وهب وابن كنانة واختاره ابن حبيب[(١)] .

وأجاز أبو حنيفة وأصحابه البيع بشرط البراءة في كل شيء ، الرقيق والحيوان والعروض[(٢)] .

فعندهم : يصح البيع بشرط البراءة من كل عيب ، وإن لم تعين العيوب بتعداد أسمائها ، سواء كان جاهلا بوجود العيب في مبيعه فاشترط هذا الشرط احتياطا ، أم كان عالما بعيب المبيع فكتمه عن المشتري واشترط البراءة من ضمان العيب ليحمي بهذا الشرط سوء نيته ، فيصح البيع ، لأن الإبراء إسقاط لا تمليك ، والإسقاط لا تفضي الجهالة فيه إلى المنازعة لعدم الحاجة إلى التسليم ، ويشمل هذا الشرط كل عيب موجود قبل البيع أو حادث بعده قبل القبض ، فلا يرد المبيع بالعيب حينئذ وهذا في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف ، لأن غرض البائع إلزام العقد بإسقاط المشتري حقه في وصف سلامة المبيع ليلزم البيع على كل حال ، ولا يتحقق هذا الغرض إلا بشمول العيب الحادث قبل التسليم فكان داخلا ضمنا .

وقال محمد وزفر : يشمل شرط البراءة العيب الموجود عند العقد فقط[(٣)] .

ودليلهم القياس على الرقيق ، والاستدلال بأن من أبرأ رجلا كان

---

(١) البيان والتحصيل : ٨/ ٢٦٢ .

(٢) بدائع الصنائع : ٥/ ٢٢٧ ، فتح القدير : ٥/ ١٨٢ .

(٣) بدائع الصنائع : ٥/ ٢٢٧ ، فتح القدير : ٥/ ١٨٢ ، رد المحتار : ٤/ ١٠٠ .

يعامله من كل حق له قبله فإنه يبرأ منه في الحكم، لأنه حق للمشتري إذا جاز تركه تركه.

وهو مذهب ابن عمر والليث بن سعد وزيد بن ثابت[1] .

و أجازه الشافعية في الحيوان[2] وقالوا " : لو باع بشرط البراءة من العيوب ، فالأظهر أنه يبرأ من كل عيب باطن بالحيوان خاصة ، إذا لم يعلمه البائع ، ولا يبرأ عن عيب بغير الحيوان كالثياب والعقار مطلقا، ولا عن عيب ظاهر بالحيوان علمه أم لا ، ولا عن عيب باطن بالحيوان كان قد علمه، والمراد بالباطن: ما لا يطلع عليه غاليا " .

وقالوا: " إن الحيوان يفارق سواه لأنه لا يستوي في الصحة والسقم وتحول طبائعه وقلما يخلو من عيب " [3] .

مراعاة الخلاف في هذه المسألة:

راعى الإمام مالك مذهب من أجاز شرط البراءة في العروض وقال إنها تنفع في الشيء اليسير.

فقد روي عنه أنه قال في بيع الثياب في الجراب بالبراءة: "لا خير فيه وهو مما لا يستطاع أن يدرك معرفته ، فلذلك رأيت البراءة لا تنفع فيه إلا أن يكون الشيء غير المضر ولا المفسد"[4] .

---

(١) الاستذكار: ١٩/ ٥٠ .

(٢) مغني المحتاج: ٢/ ٥٣ .

(٣) المرجع السابق.

(٤) البيان والتحصيل: ٨/ ٢٦٢ .

فقوله لا خير في ذلك من أجل أن معرفته غير مدركة، والمعنى في ذلك أنه لما كان بيع البراءة إنما جاز من أجل أنه يلزمه أن يبين ما علم ولا يبرأ إلا مما لم يعلم، كره أن يبيع بالبراءة ما يجهل من عيوبه، وعيوب الثياب المبيعة على هذه الصفة مما يخفى على البائع ولا يدرك معرفتها، فكره البراءة فيها لذلك، وأجاز ذلك في اليسير من العيوب التي لا تفسد المبيع مراعاة للخلاف الواقع في هذه المسألة.

فوجه مراعاة الخلاف هنا رفع الحرج عن الناس لأن البيوع لا تخلو من مثل هذه العيوب اليسيرة، فأجاز الإمام مالك البراءة منها تيسيرا للتعامل بين الناس، وخاصة بعد وقوع البيع، وإن كان الأصل عنده أن ترد على البائع.

المسألة الرابعة: الرد بالعيب هل هو نقض للبيع أو ابتداء له؟

اختلف المالكية في الرد بالعيب، هل هو نقض للبيع من أصله أو هو ابتداء بيع؟[1].

فقال ابن القاسم وسحنون: إن الرد بالعيب ابتداء بيع، وليس نقضا له، وقد روي ذلك عن الإمام مالك رحمه الله.

وقال أشهب وابن الماجشون: إن الرد بالعيب نقض للبيع، واختاره ابن حبيب.

وعلى القول الأول يكون الضمان على المشتري، أما على القول بأنه

---

(1) انظر البيان والتحصيل: ٨/ ٢٧٣، ١٠/ ٤٤٠، المقدمات الممهدات: ٢/ ١١٤، ١١٦، ١١٧، إيضاح المسالك: ص ٩٨، شرح اليواقيت الثمينة فيما انتمى لعالم المدينة: ٢/ ٤٨٠.

نقض فهو على البائع .

فالذي يعتق عبده وعليه دين يغترقه ، فيرد السلطان عتقه ويبيعه عليه في الدين ، ثم يجد المشتري به عيبا قديما قد علمه البائع فيرده عليه وقد أفاد مالا ، هل يعتق عليه بالعتق الذي كان أعتقه أم لا ؟

فعلى قول ابن القاسم فإنه لا يعتق عليه لأنه ملك مبتدأ أو حادث .

وعلى قول أشهب فإنه يعتق عليه لأنه قد رجع إليه على الملك الأول ، وانتقض البيع فكأن لم يكن[1] .

وكذلك من اشترى أمة على المواضعة[2] ، ثم ردها بعيب بعد خروجها من المواضعة ، هل يجب على المشتري أيضا مواضعتها ، كما وجب له ذلك على البائع أم لا ؟

فعلى قول ابن القاسم تكون المواضعة على المشتري لأنه ابتداء بيع

---

(١) البيان والتحصيل : ٨/ ٢٧٤ .

(٢) المواضعة : هي وضع الجارية المرتفعة الثمن من جواري الوطء إذا بيعت على يدي عدل حتى تحيض ، وذلك لا يعرف إلا بثقات النساء ، ولا يكون العدل في ذلك إلا لمن له الثقة من نسائه ، أو يكون العدل امرأة ثقة أو نساء ثقات .

قال ابن رشد : " هي أن توضع الجارية عند امرأة أو رجل له أهل حتى يعرف براءة رحمها من الحمل بحيضة إن كانت من ذوات الحيض ، وبثلاثة أشهر إن كانت يائسة من المحيض لكبر أو صغر ممن توطأ بكرا كانت أو ثيبا أمن الحمل منها أو لم يؤمن ، وقد قيل إذا أمن الحمل منها فلا مواضعة فيها " . انظر : الكافي لابن عبد البر : ٢/ ٣٥٢ ، البيان والتحصيل : ٤/ ٨١ـ٨٢ ، حدود ابن عرفة بشرح الرصاع : ١/ ٣١١ ، مواهب الجليل : ٤/ ١٧٣ ، الشرح الصغير : ١/ ٥١١ .

والضمان منه إذا ردها بالعيب بعد أن خرجت من الحيضة وان لم يطأ .

وعلى قول أشهب ليس على المبتاع مواضعة وإن وطىء ، وضمانها من البائع[1] .

و من اشترى عبدا كافرا من كافر ثم أسلم العبد ، فاطلع على عيب به هل له الرد على بائعه الكافر أم لا ؟ ،[2] قولان على القاعدة .

قال ابن القاسم : نعم .

وقال أشهب وعبد الملك : لا ، واختاره ابن حبيب[3] .

وعليه رد السمسار الجعل ، فعلى أنه نقض للبيع من أصله يرد ، وعلى أنه بابتداء بيع لا يرد[4] .

ومن باع ماشية بعد أن مكثت عنده نصف عام -مثلا- ثم أقامت عند المشتري مدة ، ثم ردت عليه بعيب فإن البائع يبني على حولها الذي عنده ، ولايلغي الأيام التي مكثتها عند المشتري فيزكيها عند تمام الحول من يوم ملكها أو من يوم زكاها وكأنها باقية عنده لم تخرج عن ملكه بناء على أن

---

(١) انظر البيان والتحصيل : ٨/ ٢٧٣ ، المقدمات : ٢/ ١١٤-١٥٠ ، التاج والإكليل : ٤/ ١٧٤ ، عدة البروق للونشريسي : ٤٣١-٤٣٢ ، شرح الخرشي وحاشية العدوي : ٤/ ١٧١ .

(٢) انظر التاج والإكليل : ٤/ ٢٥٦ ، مواهب الجليل : ٤/ ٢٥٦ .

(٣) التاج والإكليل : ٤/ ٢٥٦ .

(٤) شرح تحفة الحكام لميارة : ٢/ ٣٧ - ٣٨ ، البهجة شرح التحفة : ٢/ ١٠٥ ، مواهب الجليل : ٤/ ٤٥١ .

الرد بالعيب نقض للبيع .

وعلى القول بأنه ابتداء بيع فانه يستقبل حولا من يوم رجعت إليه[1] .

مراعاة الاختلاف في هذه المسألة :

إذا اشترى عبدا سليما ، ثم مرض العبد مرضا مخوفا ، فقد قال سحنون برده مريضا ، وإن كان مرضه مخوفا رده ورد معه ما نقصه عيب المرض المخوف[2] .

وكان القياس ألا يرده مريضا ، وإنما ينتظر به فإن تطاول المرض به أو هلك رد إليه قدر قيمة العبد ، على أن الرد بالعيب ابتداء بيع وهو قول سحنون ، إلا أن سحنون راعى في هذه المسألة مذهب أشهب[3] .

قال ابن رشد : "ووجه قول سحنون أنه يرد بالعيب وإن كان مرضا مخوفا مراعاة قول من يرى الرد بالعيب نقض بيع وأنه يرجع إلى المالك الأول[4] .

المسألة الخامسة : بيع الدنانير والدراهم المغشوشة :

اتفق المالكية على أن الدراهم المغشوشة بالنحاس لا يحل أن يغش بها فيعطيها على أنها طيبة ، ولا أن يبيعها ممن يعلم أنه يغش بها ، كما يكره أن يبيعها ممن لا يأمن أن يغش بها مثل الصيارفة وغيرهم .

---

(١) مواهب الجليل : ٢/ ٢٦٤ ، شرح الزرقاني : ٢/ ١٢٠ ، الشرح الصغير : ١/ ٢١٠ ، شرح الخرشي : ٢/ ١٥٤ـ١٥٥ .

(٢) البيان والتحصيل : ٨/ ٢٥٨ .

(٣) المرجع السابق .

(٤) المرجع السابق ، النوازل والأعلام لابن سهل : ٢/ ٢٣٤ .

فقد روى ابن القاسم عن الإمام مالك أنه قال: "إذا كان ممن يغر بها الناس مثل الصيارفة وغيرهم فلا أرى ذلك ، وإن كان ممن يريد كسرها فلا بأس بذلك "[1].

قال ابن رشد: "ويجوز بيعها باتفاق ممن يكسرها أو ممن يعلم أنه لا يغش بها "[2].

والأصل في ذلك ما ورد من النهي عن الغش. لقول النبي صلى الله عليه وسلم: «لا يحل لأحد أن يبيع شيئا إلا أن يبن ما فيه ، ولا يحل لأحد يعلم ذلك إلا بينه»[3].

وقال ﷺ: «من غشنا فليس منا»[4].

و اختلف المالكية في بيعها ممن لا يدري ما يصنع بها، فكره ابن القاسم بيع الدراهم المغشوشة ممن لا يدري ما يصنع بها، ورواه عن مالك في المدونة[5].

و سبب الكراهة احتمال تدليس المشتري على غيره ، والتصرف بها على أنها غير مغشوشة.

---

(١) البيان والتحصيل: ٧/ ١٩ ، ديوان الأحكام الكبرى أو نوازل ابن سهل: ٢/ ٢١١ .

(٢) البيان والتحصيل: ٧/ ١٩-٢٠ .

(٣) أخرجه الحاكم في المستدرك وقال: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه ووافقه الذهبي.

(٤) أخرجه مسلم في الإيمان باب: قول النبي ﷺ: من غشنا فليس منا (رقم: ١٠١).

(٥) المدونة: ٣/ ١١٥ .

وأجاز ذلك ابن وهب، فقد سئل عن الرجل يشتري السلعة بدراهم زيوف قد ظهر في بعضها النحاس ، هل ترى بأسا إذا كانت معرفة البائع فيها كمعرفة المشتري ورضي بذلك؟

قال ابن وهب: "إن كانت زيوفا فليخبر الذي يريد أن يشتري بها أنها زيوف ، حتى يتقدم البائع منهما على علم لأخذه إياها "[1] .

واستدل ابن وهب بفعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

قال ابن وهب: "وقد بلغنا ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: الفضة بالفضة وزنا بوزن والذهب بالذهب وزنا بوزن أيما رجل زافت عليه ورقة فلا يخرج يخالف الناس على أنها طيوب ، ولكن ليقل من يبيعني بهذه الزيوف سحق[2] ثوب "[3] .

وفي رواية عن عمر: "من زافت عليه دراهمه فليخرج بها إلى البقيع وليشتر بها سحق الثياب "[4] .

فلم يشترط عمر بن الخطاب رضي عنه العلم بما سيفعل الآخذ للدنانير والدراهم المغشوشة بعد أخذها ، وإنما ترك ذلك لدين وأمانة الآخذ. ولأن المسلم يحمل على الصلاح حتى يثبت خلاف ذلك.

---

(١) البيان والتحصيل: ٧/ ٢٠ .

(٢) سحق الثياب: الثوب البالي. المصباح المنير: ص ١٤١ .

(٣) انظر المغني: ٤/ ١٧٧ .

(٤) المرجع السابق.

مراعاة الخلاف في هذه المسألة:

أما حكم من باع الدراهم والدنانير المغشوشة أو اشترى بها فقال المالكية إن باع الدنانير والدراهم المغشوشة ممن يخشى أن يغش بها لم يكن عليه إلا الاستغفار، وإن باعها ممن يعلم أنه يغش بها فواجب عليه أن يستصرفها منه إن قدر على ذلك.

وإذا لم يقدر فقد اختلفوا فيما يجب عليه من التوبة فيما بينه وبين الله على ثلاثة أقوال:

القول الأول: يجب عليه التصدق بجميع الثمن.

القول الثاني: لا يجب عليه أن يتصدق إلا بالزائد على قيمتها لو باعها ممن لا يغش بها إن كان يزيد فيها شيئا.

القول الثالث: لا يجب عليه أن يتصدق بشيء منه إلا على وجه الاستحباب مراعاة لقول ابن وهب[1].

المسألة السادسة: العهدة في الرقيق:

العهدة في الأصل من العهد: وهو الالتزام والالزام ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ عَهِدْنَا إِلَىٰ آدَمَ مِن قَبْلُ فَنَسِيَ﴾[2] أي: ألزمناه فنسي، وقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِعَهْدِي أُوفِ بِعَهْدِكُمْ﴾[3] أي: أوفوا بما ألزمتم به من طاعتي.

---

(١) البيان والتحصيل: ٧/ ١٩-٢٠.

(٢) طه/ ١١٥.

(٣) البقرة/ ٤٠.

وفي الاصطلاح: "هي تعلق ضمان المبيع بالبائع في زمن معين"[1] .

وجاء في الذخيرة: "التزام درك المثمن أو الثمن"[2] .

وعرفها صاحب الفواكه الدواني بأنها: "بيع الرقيق على أن ضمانه في الثلاث من بائعه ولو بالسماوي"[3] .

وهي معروفة بالمدينة لذا قال الإمام مالك: "لا أرى أن يقضى بعهدة الرقيق إلا بالمدينة بخاصة، أو عند قوم يعرفونها بغير المدينة فيشترطونها"[4] .

وهو مذهب الفقهاء السبعة بالمدينة وعمر بن عبد العزيز[5] .

والعهدة عند المالكية قسمان:

عهدة ثلاثة أيام، وهي قليلة الزمان كثيرة الضمان.

وعهدة سنة، وهي بالعكس كثيرة الزمان قليلة الضمان.

وهما خاصتان عند المالكية بالرقيق دون الحيوان، لأن له القدرة على كتمان ما به من العيوب دون غيره، لأنه قد يكتم عيبه كراهية في المشتري أو البائع بخلاف غيره.

وعلى البائع في زمنها النفقة على الرقيق ومنها ما يقيه الحر والبرد من الثياب، وله غلته وأرشه إن جنى عليه جان زمنها، كما له الموهوب للرقيق

---

(١) الذخيرة: ٥/ ١١٤ .

(٢) المرجع السابق.

(٣) الفواكه الدواني: ٢/ ٩١ .

(٤) الموطأ: ٢/ ٦١٢ ، المدونة: ٣/ ٣٣٣ .

(٥) الاستذكار: ١٩/ ٤٢ .

زمنه إلا أن يستثني ماله عند البيع ، فإذا استثناه المشتري كان له ما وهب زمنها ، فإن وجد بالرقيق داء في ثلاثة أيام رد بغير بينة ، وإن وجده بعد الثلاثة كلف بالبينة أنه اشتراه وبه هذا الداء[1] .

ويرد في عهدة السنة بثلاثة أدواء فقط : جذام أو برص أو جنون بطبع أو مس جن لا ما يكون بضربة ونحوها عند ابن القاسم ، وإنما اختصت هذه العهدة بهذه الأدواء لأن أسبابها تتقدم ويظهر منها ما يظهر في فصل من فصول السنة دون فصل بحسب ما أجرى الله العادة من حصول ذلك الداء في فصل من فصول السنة دون آخر فانتظر بذلك الفصول الأربعة وهي السنة كلها ، حتى يأمن هذه العيوب ومن التدليس[2] .

واستدل المالكية على مشروعية العهدة في الرقيق بما يلي :

١ـ قال النبي صلى الله عليه وسلم : «عهدة الرقيق ثلاث ليال»[3] .

٢ـ وعن النبي صلى الله عليه وسلم : «لا عهدة بعد أربع »[4] .

٣ـ وبعمل أهل المدينة الذي تناقله الخلف عن السلف قولا وفعلا : فقد قضى عمر بن عبد العزيز في رجل باع من رجل عبدا فهلك العبد في عهدة

---

(١) المعونة : ٢/ ١٠٦٥ ، المنتقى : ٤/ ١٧٣ ، الذخيرة : ٥/ ١١٤ -١١٥ .

(٢) الذخيرة : ٥/ ١١٥ .

(٣) أخرجه أبو داود في البيوع والإجارات باب : في عهدة الرقيق (رقم : ٣٥٠٦) ، وابن ماجه في التجارات باب : عهدة الرقيق (رقم : ٢٢٤٤) ، وأحمد : ٤/ ١٥٢ .

(٤) أخرجه ابن ماجة في التجارات باب : عهد الرقيق (رقم : ٢٢٤٥) ، وأحمد : ٤/ ١٥٢ .

الثلاث ، فجعله عمر من مال البائع[1] .

وقال سعيد بن المسيب في العهدة : " في كل داء عضال الجذام والجنون والبرص سنة "[2] .

وعن ابن شهاب : " قد أدركنا القضاة يقضون بذلك "[3] فكل علماء المدينة كانوا يقولون بعهدة الرقيق دون مخالف لهم .

قال يحيى بن سعيد : " لم تزل الولاة بالمدينة في الزمن الأول يقضون في الرقيق بعهدة السنة في الجذام والجنون والبرص ، إن ظهر بالمملوك شيء من ذلك قبل أن يحول الحول عليه فهو على البائع ، ويقضون في عهدة الرقيق بثلاث ليال "[4] .

واستدل المالكية من جهة المعنى : بأن الرقيق يمكنه الإفهام والإخبار عما يجده من أسباب المرض ومقدمات العلل ، فيبيعه سيده لذلك قبل أن يتبين مرضه فحكم فيه بالعهدة ليتبين أمره ويتضح حاله .

ووجه آخر وهو أن هذا وجه احتياط لا يتعلق بالتدليس ويقتضي الاختلاف في البيوع والتخاصم ، فجاز أن يعتبر فيه بثلاثة أيام قياسا على المصراة .[5] .

---

(١) الاستذكار : ١٩/ ٤٢ ، الذخيرة ٥/ ١١٥ .

(٢) الاستذكار : ١٩/ ٣٨ .

(٣) المرجع السابق .

(٤) المرجع السابق .

(٥) المنتقى : ٤/ ١٧٣ .

ذهب الإمام أبو حنيفة[1] والشافعي[2] وأحمد[3] والأوزاعي[4] رضي الله عنهم إلى منع عهدة الرقيق اشترط ذلك المشتري أو لم يشترط ، وقالوا من اشترى شيئا من الرقيق وقبضه فكل ما أصابه في الثلاث وغيرها فمن المشتري مصيبته. قياسا على الحيوان والعروض، لأن الإجماع منعقد على أن ما قبضه المبتاع وكان به عيب فمصيبته منه، وحملوا الحديث: «عهدة الرقيق ثلاث» على الخيار في الشرط.

مراعاة الخلاف في هذه المسألة:

سئل ابن القاسم عن رجل باع عبدا فهو في وقت الثلاث ، إذا أصاب ربحا في صفقة أصابها لمن يكون ذلك المال؟ أو أُوصيَ له بوصية ، وهو في ذلك الوقت؟ .

قال: أما ما كان من ربح في صفقة أو ما أوصي له به فهو للمشتري ، وهو بمنزلة ما نمى من ماله ، وذلك إذا اشتراه بماله.

و إن كان لم يشتره بماله فجميع ما حدث له من مال فهو للبائع ما كان في عهدة الثلاث لأن مصيبته من البائع.

أما ما ربح العبد في عهدة الثلاث في ماله فبين أن ذلك تبع للمال يكون للمشتري إن كان استثنى ماله ، وللبائع إن كان لم يستثنه.

---

(١) المبسوط: ١٢/ ٩٣.

(٢) الحاوي: ٦/ ٣٣٨، المهذب: ١/ ٢٥٨.

(٣) المغني: ٨/ ١٦٧.

(٤) المرجع السابق، والاستذكار: ١٩/ ٤٠.

وأما ما أوصي به له أو وُهِب فالقياس ألا يعتبر فيه بالمال إذ ليس المال بسبب له كما هو للربح ، وأن يكونَ للبائع لأن الضمان منه وإن استثني المبتاع ماله .

فقول ابن القاسم أن ذلك يكون للمشتري إذا استثنى ماله إنما هو مراعاة لقول من يرى العهدة ويرى الضمان من المشتري في الرقيق بعقد البيع كالحيوان والعروض[1] .

(١) انظر : البيان والتحصيل : ٨/ ٣٣٢ .

المبحث الثاني

أثر مراعاة الخلاف في بعض المعاملات المالية

المسألة الأولى : هل يصح عقد الرهن من غير قبض؟

الرهن لغة : الثبوت والدوام يقال ماء راهن ، أي راكد[١] .

و في الاصطلاح : عرفه ابن عرفة بقوله : "مال قبضه توثقا به في دين "[٢] .

وقد اختلف العلماء في صحة عقد الرهن من غير قبض .

فقال الإمام مالك رحمه الله يلزم الرهن بالعقد وبجبر الراهن على دفع الرهن ليحوزه المرتهن إلا أن يتراخى المرتهن عن المطالبة حتى يفلس الراهن أويمرض أو يموت ، القبض عند المالكية من شروط التمام وليس من شروط الصحة[٣] .

قال القرطبي : " فالقبض عندنا شرط كمال "[٤] .

و استدل المالكية على ذلك :

بقوله تعالى : ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وهذا عقد وبقوله تعالى : ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ ﴾[٥] وهذا عهد ولأنه عقد من العقود فلم يكن من شرط انعقاده قبض

---

(١) المصباح المنير : ص ١٢٧ .

(٢) شرح حدود ابن عرفة : ٢/ ٤٠٩ .

(٣) المدونة : ٤/ ١٥١ ، المعونة ٢/ ١١٥٣ ، المنتقى : ٥/ ٢٤٨ ، الذخيرة : ٨/ ٣٤٠، مواهب الجليل : ٥/ ٤٠٣ .

(٤) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي : ٣/ ٢٦٥ .

(٥) الإسراء / ٣٤ .

المعقود عليه أصله سائر العقود ، ولأنه عقد لازم فوجب أن يلزم بنفس انعقاده كالبيع[1] .

٢ـ وأن الله تعالى سماه رهنا قبل القبض ، فقال : ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾[2] .

قال القاضي عبد الوهاب : " ودليلنا قوله تعالى : ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ وليس يخلو أن يكون شرطا أو أمرا وأيا كان ذلك فالعقد حاصل وإن لم يوجد ، وكذلك الاسم "[3] .

وقال أبو حنيفة[4] والشافعي[5] لا يلزم الرهن إلا بالقبض ، فالقبض عندهم شرط صحة ، فإذا لم يقع القبض لم يلزم الرهن ، ودليلهم على ذلك قوله تعالى : ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ .

مراعاة الخلاف في هذه المسألة :

راعى المالكية مذهب الحنفية والشافعية وأجازوا للراهن الموسر أن يتصرف في الرهن الذي لم يقبض بعد العقد ، فيجوز أن يعتق أو يطأ أو يبيع أو يهب أو ينحل أو يتصدق بالعين المرهونة .

قال ابن القاسم : " وكل ما صنع فيه من شيء فهو جائز له إذا كان

---

(١) المعونة ٢/ ١١٥٤ ، المنتقى : ٥/ ٢٤٨ .

(٢) البقرة / ٢٨٣ .

(٣) المعونة : ٢/ ١١٥٣ .

(٤) فتح القدير : ٨/ ١٨٩ ، حاشية ابن عابدين : ٥/ ٤٢٤ .

(٥) الحاوي : ٧/ ٩٨ ، نهاية المحتاج : ٤/ ٢٣٩ .

موسرا ويؤخذ منه ما عليه من الدين ويعطى صاحبه "[1] .

أما إذا لم يكن موسرا فلا يجوز له التصرف في الرهن إلا أن يطأ أمة فتحمل منه، أو يبيع شيئا فينفذ بيعه ، فأما العتق والهبة أو الصدقة فلا يجوز إلا أن يكون موسرا .

والقياس أنه لا يجوز التصرف في العين المرهونة لأن الرهن يلزم بالعقد .

وإنما أجاز ابن القاسم تفويت الراهن للرهن بعد أن رهنه وإن كان الرهن يلزم بالعقد ويحكم للمرتهن بقبضه مراعاة لقول من يقول إنه لا يكون رهنا ولا يلزم الحكم به وإن تشاهدا عليه ما لم يقبض "[2] .

المسألة الثانية : إثبات الشفعة فيما لا يقسم :

الشفعة لغة : الضم أو الزيادة والتقوية ، شفعت الشيء ضممته ، وسميت شفعة لأن الشفيع يضم ما يمتلكه بهذا الحق إلى نصيبه أو ملكه فيزيده عليه ويتقوى به[3] .

وفي الاصطلاح : " استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه "[4] .

ودليل مشروعيتها حديث جابر رضي الله عنه : «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق

---

(١) البيان والتحصيل : ١١/ ٧٨ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) غرر المقالة : ص ٢٢٧ .

(٤) شرح حدود ابن عرفة : ٢/ ٤٧٤ .

فلا شفعة»[1] .

واتفق العلماء على أن الشفعة حق في العقار من دور وأرضين وبساتين وبئر .

ومن شروط محل الشفعة أن يكون قابلا للقسمة استدلالا بدليل الخطاب في حديث جابر : " الشفعة فيما لم يقسم " فكأنه قال الشفعة فيما تمكن فيه القسمة ما دام لم يقسم ، ولأن علة مشروعية الشفعة دفع ضرر القسمة، وما لا ينقسم لا تتيسر القسمة فيه فلا حاجة للشفعة فيه ، فلا يترتب فيه ضرر الشريك بعدم الشفعة[2] .

وعليه فلا شفعة في الأصول التي لا تراد إلا لخراجها ولا تقبل القسمة ، كالفرن والحمام والرحى والحانوت وما أشبه ذلك، وهو مذهب المدونة ورواية ابن القاسم عن مالك[3] .

قال ابن القاسم : " لا شفعة في رحى الماء وليست من البناء ، بل هي حجر ملقى ، فإن بيعت مع الأرض أو البيت الذي تنصب فيه ففيه الشفعة دون الرحى بحصة ذلك، أجراها الماء أو الدواب "[4] .

وأجاز أشهب وابن الماجشون وأصبغ الشفعة فيما لا يقسم كالرحى[5] .

---

(١) أخرجه البخاري في الشفعة باب : الشفعة فيما لم يقسم إذا وقعت الحدود فلا شفعة (رقم : ٢١٣٨).

(٢) المدونة : ٤/ ٢٠٧ ، المعونة : ٢/ ١٢٦٨ ، الذخيرة : ٧/ ٢٨٨ .

(٣) شرح ميارة على التحفة : ٢/ ٤٢ ، حاشية الدسوقي : ٣/ ٤٧٦ .

(٤) المدونة : ٤/ ٢٠٧ ، الذخيرة : ٧/ ٢٨٨ .

(٥) الذخيرة : ٧/ ٢٨٨ ، شرح ميارة على التحفة : ٢/ ٤٢ .

قال أشهب: "هي كباب الدار يحكم له بالاتصال وهو منفصل، وقال: رحى الماء والدواب سواء إذا نصبا معا فيما يملكان، فإذا باع أحدها نصيبه ففيه الشفعة، وللشفيع فسخ البيع إلا أن يدعو البائع للقسم، فإن قسم وصار موضع الرحا للبائع جاز البيع، أو لشريكه انتقض"(١) .

ودليلهم أن الشفعة إنما شرعت لدفع ضرر الشركة أو الجوار مطلقا وهذا موجود فيما لا يقسم حتى لا يتضرر بشركة الداخل، لذا قال سحنون: "وهذا القول عندي أعدل من قول ابن القاسم"(٢) .

مراعاة الخلاف في هذه المسألة:

خالف ابن القاسم مذهبه وراعى قول أشهب وابن الماجشون وأوجب الشفعة في الرحى.

قال ابن رشد: "الشفعة لا تكون إلا فيما ينقسم لقول النبي صلى الله عليه وسلم: « فإذا وقعت الحدود فلا شفعة» لأن فيه دليلا على أن الشفعة لا تكون إلا فيما تقع فيه الحدود، إذ لم يختلف قوله- أي ابن القاسم- فيما علمت أنه لا شفعة فيما لا ينقسم بحال مثل النخلة أو الشجرة تكون بين النفر، فإنما أوجب الشفعة في الرحى على مذهبه في المدونة مراعاة لقول من يوجب فيها القسمة"(٣) .

---

(١) الذخيرة: ٧/ ٢٨٨ .

(٢) شرح ميارة على التحفة: ٢/ ٤٢ .

(٣) البيان والتحصيل: ١٠/ ٣١٠ .

المسألة الثالثة : شركة الذمم :

تعريف شركة الذمم : هي أن يشترك وجيهان عند الناس من غير أن يكون لهما رأس مال ، على أن يشتريا في ذمتيهما بالنسيئة- أي بمؤجل- ويبيعا بالنقد بما لهما من وجاهة ، على أن ما رزق الله سبحانه من ربح فهو بينهما على شرط كذا.

و تسمى أيضا شركة الوجوه ، لأنها شركة تقوم على أساس وجاهة الشريكين وثقة التجار فيهما.[1] .

وهي جائزة عند الحنفية[2] والحنابلة[3] واستدلوا على جوازها بما يلي :

الناس يتعاملون بها في سائر الأمصار من غير إنكار عليهم من أحد ، وهو إجماع منهم ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم : «إن الله لا يجمع أمتي على ضلالة»[4] .

وهي تشتمل على الوكالة والكفالة ، وكل منهما جائز والمشتمل على الجائز جائز ، ثم إنها عمل من الأعمال فجاز أن تنعقد عليه الشركة[5] .

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته : ٤/ ٨٠٠ .

(٢) بدائع الصنائع : ٦/ ٥٨ ، المبسوط : ١١/ ١٥٢ .

(٣) المغني : ٥/ ١٢٢ .

(٤) أخرجه الترمذي في الفتن باب : في لزوم الجماعة وقال : هذا حديث غريب من هذا الوجه (رقم : ٢١٧٢) ، والحاكم : ١/ ١١٥ .

(٥) بدائع الصنائع : ٦/ ٥٨ ، المغني : ٥/ ١٢٢ .

وقال المالكية هذه الشركة باطلة[1] وحجتهم في ذلك :

الشركة تدل على الاختلاط ، ولا يقع الاختلاط إلا في الأموال أما الأعمال فلا اختلاط فيها .

ثم إن الشركة شرعت لاستنماء المال بالتجارة ، والناس يختلفون في الاهتداء بالتجارة فشرعت الشركة لتحصل غرض الاستنماء، ولابد من أصل يستنمى وهو لا يوجد في شركة الذمم .

وفيها غرر ، لأن كل واحد منهما فارض صاحبه بكسب غير محدد بالصناعة ولا عمل مخصوص ، فهي فاسدة، ولأنها اشتراك بالذمم ، والاشتراك بالذمم لا يجوز ، فهي من باب تحمل عني وأتحمل عنك ، وأسلفني وأسلفك، ومن باب ضمان بجعل وسلف يجر نفعا .

قال ابن رشد : "وإن اشتركا ولا مال لهما على أن يشتريا بالدين ويكونا شريكين يضمن كل واحد منهما ثمن ما اشترى صاحبه فلا يجوز ذلك ، لأنها شركة بالذمم ولا تجوز على مذهب مالك وجميع أصحابه الشركة بالذمم لأن ذلك غرر ، يقول كل واحد منهما لصاحبه تحمل عني بنصف ما اشتريت على أن أتحمل عنك بنصف ما اشتريت "[2] .

مراعاة الخلاف في هذه المسألة :

اختلف المالكية إذا وقعت شركة الذمم ثم فسخت فكيف يكون

---

(١) الذخيرة : ٨/ ٢٩ ، مواهب الجليل : ٥/ ١٤١ ، حاشية الدسوقي : ٣/ ٣٦٤ .

(٢) البيان والتحصيل : ١٢/ ٣٩ .

الضمان؟ قولان:

القول الأول: تفسخ الشركة بينهما ويكون كل واحد منهما ضامنا لما اشترى صاحبه قبل الفسخ على ما تعاقد عليه، وهو قول ابن القاسم وأصبغ.

قال أصبغ: "فإن وقع نفذ على سنة الشركة وضمناه جميعا، وفسخت الشركة من ذي قبل وقطعت بينهما"[1].

القول الثاني: أنه يكون ضمان ما اشترى كل واحد منهما عليه، لا يكون على صاحبه، وإلى هذا ذهب سحنون[2].

قال ابن عاصم:

أو فيهما تجوز لا لأجل شركة في مال أو في عمل

ويقسمان الربح حكم ملتزم[3] وفسخها إن وقعت على الذمم

و هذا القول هو القياس على القول بأن شركة الذمم لا تجوز، أما قول ابن القاسم وأصبغ فمبني على مراعاة قول أبي حنيفة في إجازته شركة الذمم[4].

المسألة الرابعة: إحياء الموات:

عرف المالكية موات الأرض بأنه ما سلم من اختصاص بإحياء أو كان

(١) المرجع السابق شرح ميارة على التحفة: ٢/ ١٢٣.

(٢) شرح ميارة على التحفة: ٢/ ١٢٣.

(٣) المرجع السابق.

(٤) البيان والتحصيل: ١٢/ ٤٠.

حريم عمارة كمحتطب أو مرعى[1].

قال خليل: "موات الأرض ما سلم عن الاختصاص بعمارة ولو اندرست لا لإحياء وبحريمها كمحتطب ومرعى يلحق غدوا ورواحا لبلد"[2].

وعرف ابن عرفة إحياء الأرض الميتة بقوله: "لقب لتعمير دامر الأرض بما يقتضي عدم انصراف المعمر عن انتفاعه بها[3].

وتملك الأرض بالإحياء مشروع لقول النبي ﷺ: «من أحيا أرضا ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق»[4].

والإحياء يكون بسبعة أشياء: بتفجير الماء أو إزالة الماء إذا كانت الأرض غامرة أو ببناء بأرض وغرس لشجر بها، وبحرث ونحوه وقطع شجر وكسر حجرها مع تسويتها.

ولا يكون الإحياء بتحويط الأرض ولا رعي كلأ ولا حفر بئر ماشية إلا أن يبين الملكية حين حفرها[5].

---

(١) انظر: موهب الجليل: ٦/ ١١.

(٢) مختصر خليل: ص ١٦٥.

(٣) شرح حدود ابن عرفة: ٢/ ٥٣٥.

(٤) أخرجه مالك في الأقضية باب: القضاء في عمارة الموات وأبو داود في الخراج باب: إحياء الموات (رقم: ٣٠٧٣)، والترمذي في الأحكام باب: ماذكر في إحياء الموات (رقم: ١٣٨٢) وقال: حديث حسن صحيح.

(٥) الذخيرة: ٦/ ١٤٧، مواهب الجليل: ٦/ ١١.

وحكم الإحياء يختلف باختلاف موضعه من حيث استئذان الإمام عند المالكية وهو على ثلاثة أوجه :

١- ما كان بعيدا عن العمران ، فهذا لا يحتاج في إحيائه إلى استئذان الإمام إلا على طريق الاستحباب على ما حكى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون[١] .

٢- ما كان قريبا من العمران ولا ضرر في إحيائه على أحد ، فهذا لا يجوز إحياؤه إلا بإذن الإمام على المشهور في المذهب[٢] .

٣- وأما القريب من العمران الذي في إحيائه ضرر كالأفنية التي يكون في أخذ شيء منها ضرر كالطريق وشبه ذلك فلا يجوز إحياؤه بحال ولا يبيحه الإمام .

ومستند المالكية في وجوب استئذان الإمام فيما قرب من العمران ولا ضرر في إحيائه :

لأن ما قرب من البلد في حكم فنائه فالانتفاع به مشترك بين أهل البلد من الاحتطاب والاصطياد والرعي وغير ذلك من وجوه الارتفاق فلو أجيز لكل واحد اقتطاعه لأضر ذلك بأهل البلد ، فلم يكن بد من نظر الإمام ليكون كالحكم لمن يحييه[٣] .

ولقول النبي ﷺ : «من أحيا أرضا ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق»

---

(١) مواهب الجليل : ٦/ ١١ ١٢ .

(٢) المدونة : ٤/ ٣٧٧ ، المعونة : ٢/ ١١٩٤ ، الذخيرة : ٦/ ١٤٧ ، مواهب الجليل : ٦/ ١١ .

(٣) المعونة : ٢/ ١١٩٥ .

والذي يحيى بقرب العمران قد يظلم في إحيائه ويستضر الناس بذلك لتضييقه عليهم في مسارحهم وعمارتهم ومواضع مواشيهم فاحتاج إلى إذن الإمام[1].

وعليه فمن أحيا ما قرب من العمران دون إذن الإمام اعتبر متعديا فيسترده منه ويعطيه قيمة غرسه أو بنائه أو حفره منقوضا لتعديه.

وقال الإمام الشافعي[2] وأبو يوسف ومحمد بن الحسن[3] والحنابلة[4]: من أحيا مواتا من الأرض فقد ملكه أذن الإمام أو لم يأذن، قرب من العمران أو بعد.

واستدلوا بقول النبي ﷺ: «من أحيا أرضا ميتة فهي له» وقالوا عطية النبي ﷺ عامة لكل من أحيا مواتا.

ولأن ما يبتدىء المسلم بملكه لا يفتقر إلى إذن الإمام كالصيد، ولأن كل مال لم يملكه مسلم لم يفتقر المسلم في تملكه إلى إذن الإمام كالغنائم ولأنه نوع تمليك فلم يفتقر إلى إذن الإمام كالبيع والهبة، ولأن الإذن في التمليك إنما يستفاد به رفع الحجر عن الممتلك، والموات مرفوع الحجر عنه فلم يفده الإذن صحة التمليك.

---

(١) المنتقى: ٦/ ٢٨.

(٢) الحاوي: ٩/ ٣٢٣، مغني المحتاج: ٤/ ٣٦١، المهذب: ١/ ٤٢٣.

(٣) بدائع الصنائع: ٦/ ١٩٤، الدر المختار: ٥/ ٣٠٧.

(٤) المغني: ٥/ ٥٤٣.

مراعاة الخلاف في هذه المسألة :

راعى بعض المالكية الخلاف في عدم استئذان الإمام لإحياء الموات ، وقالوا : إذا وقع بغير إذنه فله أن يمضيه ويقطعه إياه مراعاة لمن أجاز ذلك وهو قول أشهب وأصبغ[1] .

المسألة الخامسة : التصرف في الهبة والصدقة قبل أن يقبضها الموهوب له أو المتصدق عليه :

الهبة والصدقة كل منهما تمليك من له التبرع ذاتا تنقل شرعا بلا عوض لمستحق بصيغة أو ما يدل على ذلك .

فإن كان التمليك لذات المعطى فقط فهبة ، وإن كان لثواب الآخرة فصدقة ، والفرق بين حقيقتهما أن الهبة للمواصلة والوداد ، والصدقة لابتغاء الثواب عند الله تعالى[2] .

وعرف ابن عرفة الهبة بقوله : "الهبة لا لثواب تمليك ذي منفعة لوجه المعطي بغير عوض"[3] .

وقد اختلف العلماء في لزوم الهبة أو الصدقة بمجرد القول :

فقال الحنفية[4] والشافعية[5] القبض شرط للزوم الهبة والصدقة ، ولا يلزمان دون قبض ، وللواهب أو المتصدق الرجوع ، ولا يُقضى عليه .

---

(١) مواهب الجليل : ٦/ ١١ ، البيان والتحصيل : ٩/ ٩ .

(٢) شرح ميارة على التحفة : ٢/ ١٥١ .

(٣) شرح حدود ابن عرفة : ٢/ ٥٥٢ .

(٤) الدر المختار : ٤/ ٥٣٣ .

(٥) مغني المحتاج : ٢/ ٤٠٠ .

واحتجوا بما روت عائشة رضي الله عنها أن أباها نحلها جداد عشرين وسقا من ماله ، فلما حضرته الوفاة ، قال : « والله يا بنية ما من الناس أحد أحب إلي غنى بعدي منك ولا أعز علي فقرا بعدي منك ، وإني كنت نحلتك جاد عشرين وسقا فلو كنت جددتيه واحتزتيه كان لك وإنما هو اليوم مال وارث ، وإنما هما أخواك وأختاك فاقتسموه على كتاب الله ، قالت عائشة : فقلت : يا أبت والله لو كان كذا وكذا لتركته إنما هي أسماء فمن الأخرى ؟ فقال أبو بكر : ذو بطن بنت خارجة ، أراها جارية »[١] .

فهذا نص في اشتراط القبض للزوم الهبة .

وبما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال : «ما بال رجال ينحلون أبناءهم نحلا ، ثم يمسكونها فإن مات ابن أحدهم قال : مالي بيدي لم أعطه أحدا ، وإن مات هو ، قال : هو لابني قد كنت أعطيته إياه ، فمن نحل نحلة فلم يحزها الذي نحلها وأبقاها حتى تكون -إن مات- لورثته فهي باطلة »[٢] .

وقال المالكية : عقد الصدقة والهبة يصح ويلزم من غير قبض ، لكن القبض شرط في نفوذه وتمامه ، فإن قال : تصدقت عليك بهذا الثوب أو العبد أو الدار أو غير ذلك من الأملاك أو وهبته لك ولم يرد بالهبة عوض الثواب ، فقال : قد قبلت منك ، فقد انعقد ، وليس للواهب ولا للمتصدق

---

(١) أخرجه مالك في الأقضية باب : ما لا يجوز من النحل .

(٢) المرجع السابق .

الرجوع فيه ويلزمه إقباضه للموهوب له أو المتصدق عليه ، إذا طالبه ، ويجبر على ذلك إن امتنع منه ، ولا يبطل العقد بتأخير الإقباض فإن مات المقبوض له أو المتصدق عليه وهو على المطالبة بالإقباض غير متراخ في ذلك ولا راض بتبقيتها في يد الواهب أو المتصدق لم يبطل بموته ، ولورثته من المطالبة مثل ما كان له ، وإن تراخى الموهوب أو مرض بطل ولم يكن له شيء[1] .

ودليل المالكية : قوله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ .

وقول النبي ﷺ : «العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه»[2] ولم يفرق بين الرجوع قبل الإقباض أو بعده .

ولأنه عقد من العقود فلم يفتقر انعقاده إلى قبض المعقود عليه أصله سائر العقود . [3] ولأنها عطية فلم يفتقر انعقادها إلى قبض كالوصية .

وقالوا : إنما لم ينفذ أبو بكر الصديق هبته لأنها كانت مجهولة ، لأن بيع عشرين وسقا ممتنع ، فلو كانت معلومة لنفذها[4] .

---

(١) المدونة : ٤/ ٣٤٨ ، المعونة : ٣/ ١٦٠٧ ، الذخيرة : ٦/ ٢٣٠ ، شرح ميارة على التحفة : ٢/ ١٥١ ، حاشية الدسوقي : ٤/ ١٠١ .

(٢) أخرجه البخاري في الزكاة باب هل يشتري صدقته؟ (رقم : ١٤١٩) ، وأبو داود في البيوع والإيجارات باب : الرجوع في الهبة (رقم : ٣٥٣٨) .

(٣) المعونة : ٣/ ١٦٠٨ .

(٤) الذخيرة : ٦/ ٢٣٠ .

مراعاة الخلاف في هذه المسألة:

راعى المالكية أدلة من قال تلزم الهبة والصدقة بالقبض في مسألتين:

الأولى: قال ابن القاسم في رجل قال لرجل خذ هذه النفقة فاجعلها في سبيل الله وأراد بذلك الغزو، فقال له رجل: إن ههنا امرأة محتاجة فقال له ادفعها إليها فقال: "إن كان أوجبها في سبيل الله فلا يعجبني"[1].

فلا ينبغي له أن يصرفها عما أوجبها فيه إلى غير ذلك من وجوه البر، فإن فعل لم يكن عليه ضمانها مراعاة لقول من يقول من أهل العلم إن للرجل الرجوع في صدقته ما لم يدفعها وكانت بيده، ولذلك قال ابن القاسم: "لا يعجبني" ولم يقل لا يجوز، وكان القياس على مذهب مالك ألا يجوز له أن يصرفها عما أوجبها فيه من السبيل إلى غير ذلك، ويضمنها في ماله فيجعلها في سبيل الله.

الثانية: سئل ابن القاسم عن رجل يتصدق بالعبد على الرجل فيعتقه المتصدق قبل أن يقبضه المتصدق عليه، فقال ابن القاسم: "أرى عتقه ماضيا ولا شيء للمتصدق عليه سواء علم المتصدق عليه بالصدقة أو لم يعلم"[2].

وهذا القول مبني على مراعاة مذهب من يقول: للمتصدق أن يرجع في صدقته ما لم تحز عنه ويقبضها المتصدق عليه منه، والقياس أن تصح الصدقة ويبطل العتق[3].

---

(١) البيان والتحصيل: ١٤/ ١٢٨.

(٢) المرجع السابق: ١٤/ ٦٨.

(٣) المرجع السابق.

الفصل الرابع

أثر مراعاة الخلاف في الأقضية والحدود

وفيه مبحثان:

المبحث الأول

أثر مراعاة الخلاف في القضاء

المبحث الثاني

أثر مراعاة الخلاف في الجنايات والحدود

المبحث الأول

أثر مراعاة الخلاف في القضاء

من المسائل التي روعي فيها الخلاف في بعض مايتعلق بالقضاء مايلي :

المسألة الأولى : قضاء القاضي بعلمه :

لا يقضي القاضي بعلمه عند المالكية في شيء أصلا ، لا قبل ولايته ولا بعدها ، ولا في حقوق الله ولا في حقوق الآدميين[(١)] .

و استدل المالكية على ذلك بما يلي :

١ـ حديث عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ بعث أبا جهم[(٢)] على صدقة فلاحاه رجل في فريضة فوقع بينهما شجاج فأتوا النبي صلى الله عليه وسلم فأخبروه ، فأعطاهم الأرش ثم قال عليه السلام : «إني خاطب الناس ومخبرهم أنكم قد رضيتم ؟ قالوا : نعم ، فصعد رسول الله ﷺ المنبر فخطب الناس وذكر القصة وقال : أرضيتم ؟ قالوا : لا ، فهَمَّ بِهِم المهاجرون ، فنزل رسول الله ﷺ فأعطاهم ثم صعد المنبر فخطب ، ثم قال : أرضيتم ؟ قالوا : نعم»[(٣)] .

---

(١) المدونة : ٤/ ٧٨ ، المعونة : ٣/ ١٥٠٣ ، الاستذكار : ٢٢/ ١٠ ، الفروق للقرافي : ٤/ ٤٤ .

(٢) أبو جهم : بن حذيفة العدوي غانم ، أسلم عام الفتح وصحب النبي ﷺ مات في آخر خلافة معاوية . انظر : الإصابة : ٤/ ٣٥ ، الإستيعاب : ٤/ ٢٩٢٩ .

(٣) أخرجه أبو داود في الديات باب : العامل يصاب على يديه خطأ (رقم : ٤٥٣٤)، والنسائي في القسامة باب : السلطان يصاب على يده (رقم : ٤٧٧٨)، وابن ماجة في الديات باب : الجارح يفتدى بالقود (رقم : ٢٦٣٨) .

فلم يحكم عليهم بعلمه لما جحدوا.

٢- ولأن النبي صلى الله عليه وسلم امتنع من قتل المنافقين مع علمه بكفرهم وقال: «لئلا يتحدث الناس أن محمدا يقتل أصحابه»[١].

وقال النبي ﷺ: «إنما أنا بشر مثلكم وإنكم تختصمون إلي، فلعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع منه فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذ منه شيئا فإنما أقطع له قطعة من النار»[٢].

فدل على أن القضاء يكون كما يقول القرافي: "بحسب المسموع لا بحسب المعلوم"[٣].

٣- واحتجوا بقول النبي ﷺ: «شاهداك أو يمينه»[٤] فحصر الحجة في البينة أو اليمين دون علم الحاكم.

وقد روي عدم الاحتجاج بعلم الحاكم أو القاضي عن الكثير من الصحابة ولم يخالفهم أحد في ذلك.

فروي عن أبي بكر رضي الله عنه أنه قال: "لو رأيت رجلا على حد من

---

(١) سبق تخريجه: ص ٩٣.

(٢) أخرجه مالك في الأقضية باب: الترغيب في القضاء، والبخاري في الحيل باب: لكل غادر لواء يوم القيامة (رقم: ٦٥٦٦)، ومسلم في الأقضية باب: الحكم بالظاهر واللحن بالحجة (رقم: ١٧١٣).

(٣) الفروق للقرافي: ٤/ ٤٤.

(٤) مسلم في الإيمان باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار (رقم: ٢٢١).

حدود الله ما أقمته عليه حتى يشهد على ذلك أربعة "[1] .

واحتجوا أيضا بأن القاضي إذا قتل أخاه بحجة علمه بأنه قاتل، فإنه كالقتل العمد لا يرث منه شيئا للتهمة في الميراث ، فيقيس عليه بقية الصور بجامع التهمة ، وللتهمة تأثير في الشرع كرد شهادة الأب لابنه[2] .

وأجاز الشافعي للقاضي أن يقضي بعلمه مطلقا[3] .

وقال أبو حنيفة : ما علمه بعد توليه القضاء لو رآه بمصره قضى في ذلك بعلمه ، وأجاز أبو يوسف للقاضي أن يقضي بما علمه قبل أن يلي القضاء[4] .

قال ابن عابدين : " وأصل المذهب الجواز أن يعمل القاضي بعلمه "[5] .

واستثنى الحنفية من حكم القاضي بعلمه الحدود ، مثل حد الزنا وشرب الخمر فلا يقضي بعلمه استحسانا إلا في السرقة فيقضي بالمال دون قطع يد السارق وفي القصاص وحد القذف[6] .

واستدل المجيزون : بحديث عائشة رضي الله عنها في قصة هند بنت عتبة مع زوجها أبي سفيان حين قال لها النبي صلى الله عليه وسلم : «خذي

---

(١) سنن البيهقي : ١٠/ ١٤٤ ، كنز العمال : ٥/ ٥٦٨ .

(٢) المعونة : ٣/ ١٥٠٤ ، بداية المجتهد : ٢/ ٧٤٣ .

(٣) الأم : ٦/ ٣٢٤ ، مغني المحتاج : ٤/ ٣٩٨ ، نهاية المحتاج : ٨/ ٢٦٤ .

(٤) بدائع الصنائع : ٧/ ٧ ، حاشية ابن عابدين : ٥/ ٤٢٣ ، المبسوط : ١٦/ ١١٥ .

(٥) حاشية ابن عابدين : ٥/ ٤٢٣ .

(٦) بدائع الصنائع : ٧/ ٧ ، حاشية ابن عابدين : ٥/ ٤٢٤ .

ما يكفيك وولدك بالمعروف»[1] .

ولم يكلفها ببينة لأنه علم صدق قولها من قبل زوجها وحاله التي عرف منه .

وبما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم : «لا يمنع أحدكم هيبة الناس أن يقول في حق إذا رآه أو علم»[2] .

وبعموم حديث عبادة[3] : «وأن نقوم بالحق حيث ما كنا لا نخاف في الله لومة لائم»[4] .

مراعاة الخلاف في هذه المسألة :

إذا أقر[5] رجل عند القاضي في غير مجلس القضاء فلا اختلاف في المذهب المالكي أنه لا يجوز له أن يحكم عليه بذلك الإقرار دون بينة تشهد به عليه ، فإذا قضى عليه بذلك الإقرار نقض حكمه بذلك ما لم يعزل على المشهور في المذهب ، ولا يرده من جاء بعده من القضاة والحكام مراعاة لمن

---

(١) سبق تخريجه : ص .

(٢) أخرجه أحمد : ٣/ ٤٧ ، البيهقي في السنن : ١٠/ ٩٠ .

(٣) عبادة : بن الصامت الأنصاري الخزرجي أحد النقباء ، شهد العقبات الثلاث وبدرا والمشاهد كلها ، من أعلام الصحابة وقضاتهم وهو أول من تولى قضاء فلسطين روى عن النبي ﷺ وروى عنه أنس وجابر وغيرهما توفي سنة نيف وثلاثين أو نيف وأربعين هـ. انظر : الإصابة : ٣/ ٦٢٤ ، أسد الغابة : ٣/ ٦٠١ .

(٤) أخرجه البخاري في الأحكام باب : كيف يبايع الإمام الناس (رقم : ٦٧٧٤) ، ومسلم في الإمارة باب : وجوب طاعة الأمراء في غير معصية (رقم : ١٧٠٩) .

(٥) الإقرار : "هو الإخبار عن أمر يتعلق به حق للغير وحكمه اللزوم وهو أبلغ من الشهادة" . التبصرة : ٢/ ٥٣-٥٤ .

أجاز للقاضي أن يقضي بعلمه[1] .

قال ابن القاسم : " لا يرجع فيما قضت فيه القضاة مما اختلف الناس فيه "[2] .

المسألة الثانية : الحكم بالقافة :

القيافة : هي الاستدلال بشبه الإنسان بغيره على النسب[3] .

أو هي الاستدلال على أن أحد الشخصين أب للآخر بالنظر إلى أقدامهما[4] .

والقيافة نوع من الخبرة تحتاج إلى دراية ومعرفة ، وقد اشتهر بذلك بعض العرب وبالأخص بني مدلج حيث كانوا يستطيعون أن يعرفوا بمجرد النظر إلى أقدام الأشخاص ما إذا كان بينهم قرابة أولا ، ولو لم يكن يظهر من هؤلاء الأشخاص إلا أقدامهم ، وكان العرب يصدقون القافة نظرا لخبرتهم ، وينقطع النزاع بمجرد إبدائهم لرأيهم ويزول الشك .

وقد اختلف الفقهاء في إثبات النسب بالقيافة .

فقال المالكية : القيافة حجة ويثبت بها النسب[5] .

---

(١) البيان والتحصيل : ٩/ ٢٣٠ .

(٢) المرجع السابق : ٩/ ٢٣١ .

(٣) لسان العرب : ٩/ ٢٩٣ .

(٤) التبصرة لابن فرحون : ٢/ ٩٢ .

(٥) التبصرة : ٢/ ١٠٨ ، الفروق : ٣/ ١٢٥ .

ودليلهم في ذلك أن النبي ﷺ «أخذ بالقافة وذلك أن زيد بن حارثة[1] كان رجلا أبيض ، فلما ولد له ولد أسود وهو أسامة[2] ارتاب الناس في ذلك وشكوا في أبوة زيد لأسامة وتكلموا فيهما ، فاستاء رسول الله ﷺ بذلك، وذات يوم دخل رجل من بني مدلج اسمه مجزز[3] إلى مكان كان فيه زيد وابنه أسامة مضطجعين وقد غطيا رؤوسهما بقطيفة وبدت أقدامهما، فقال مجزز: إن هذه الأقدام بعضها من بعض ، وكان رسول الله ﷺ حاضرا فلما سمعه يقول ذلك أعجبه وسُرَّ به ودخل على عائشة فأخبرها بذلك»[4] .

---

(١) زيد بن حارثة : الكلبي مولى رسول لله ﷺ وحبه ووالد حبه أسامة هاجر وشهد بدرا قال عمر : ماكنا ندعوا زيدا إلا زيد بن محمد حتى نزل ﴿**ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله**﴾ وكان رسول الله ﷺ يؤمره على الجيوش قتل في مؤتة . انظر : الإصابة : ٢/ ٥٩٨ ، أسد الغابة : ٢/ ١٣١ .

(٢) أسامة : بن زيد بن الحارثة تقدم نسب أبيه تربى في بيت رسول الله ﷺ ومع أولاده ، توفي النبي ﷺ وهو ابن عشرين سنة ، وولاه على جيش عظيم فيه أبو بكر وعمر فأنفذه أبو بكر ، وكان أسامة ممن اعتزل الفتنة وتوفي في آخر خلافة معاوية . انظر : الإصابة : ١١/ ٤٩ ، أسد الغابة : ١/ ٦٤ .

(٣) مجزز : المدلجي ، القائف ، من بني مدلج وهو مجزز بن الأعور بن جعدة بن معاذ قال أن مصعب بن الزبير : إنما سمي مجززا لأنه كان إذا أخذ أسيرا جز ناصيته . وهو صحابي بدليل قبول النبي ﷺ خبره في إثبات نسب أسامة ولو كان كافرا لمل اعتمده في حكم شرعي . انظر : الاستيعاب : ٤/ ٢٥٥٠ ، الإصابة : ٣/ ٣٤٥ .

(٤) أخرجه البخاري في المناقب باب : صفة النبي ﷺ ، وفي فضائل الصحابة باب : مناقب زيد بن حارثة (رقم : ٣٥٢٥) ، ومسلم في الرضاع باب : العمل بإلحاق القائف الولد (رقم : ١٤٥٩) .

فهذا الحديث يدل على أن النبي ﷺ اطمأن إلى قول القائف وعلم أن قوله ذلك سيزيل الشك من نفوس المرتابين في صحة نسب أسامة ، وفي هذا دليل على أن قول القائف يثبت به النسب ويحكم به بإلحاق الولد بالأب الذي ألحقه به القائف .

وعمل عمر بن الخطاب بالقافة وأثبت بها النسب ، فقد دعا القافة في رجلين اشتركا في الوقوع على امرأة في طهر واحد وادعيا ولدهما فألحقته القافة بأحدهما[1] .

وقد روي ذلك عن أبي موسى الأشعري وابن عباس وأنس بن مالك ولم يخالفهم أحد من الصحابة[2] .

والقائف يستند في إلحاق شخص بآخر بعلامات وأمارات يعرفها ويبني عليها رأيه ، وأكثر ما يعتمد القائف هو الشبه الذي يلاحظه بين الشخصين ، والذي يظهر في الأقدام خاصة .

وقال الحنفية : لا يقبل قول القائف ولا يثبت به النسب[3] واستدلوا على ذلك بما يلي :

١ـ القائف يعتمد على مجرد الشبه ، ومما هو معروف أن الشبه قد يقوم بين الأجانب الذين لا نسب لهم وينتفي بين الأقارب الذين يجمعهم نسب

---

(١) الطرق الحكمية : ص ٢١٦-٢١٧ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) بدائع الصنائع : ٦/ ٢٤٤ـ٢٥٢ ، البحر الرائق : ٣/ ١٤٤ .

واحد وهذا أمر معلوم بالمشاهدة لا يمكن جحده .

٢ـ الشبه مدرك بالبصر فإن رأيناه بين شخصين وحصل لنا بالمشاهدة فلا حاجة إلى قول القائف لأنه لم يزدنا علما لما نعلمه وإن لم نجده بالمشاهدة فكيف يصدق القائف مع أنه يدعي أنه أدرك شيئا ببصره ولم ندركه ببصرنا .

٣ـ إن حديث أسامة لا حجة فيه على ثبوت النسب بقول القائف لأن النسب كان ثابتا بالفراش فوافقه قول القائف فسر النبي صلى الله عليه وسلم بموافقة قول القائف لشرعه الذي جاء من أن الولد للفراش .

فإذا ادعى شخص الولد ولم ينازع فيه حكم له به ، وإن نازعه غيره فإن كان أحدهما صاحب فراش حكم له به ، وإن استويا في عدم الفراش فإن ذكر أحد منهما علامة بجسده ووصفه بصفته فهو له ، وإن لم يصفه واحد منهما فإن كانا رجلين أو رجلا وامرأة ألحق بهما ، وإن كانتا امرأتين فقال أبو حنيفة : يلحق بهما حكما مع العلم بأنه لم يخرج إلا من إحداهما ، وقال أبو يوسف ومحمد : لا يلحق بهما[(١)] .

مراعاة الخلاف في هذه المسألة :

الأصل عند المالكية جواز القضاء بقائف واحد وإن لم يكن عدلا ، وهذا ما رواه ابن وهب عن الإمام مالك .

لأن القيافة علم يؤديه وليس من طرق الشهادة ، كما يقبل قول النصراني : الطبيب فيما يحتاج إلى معرفته من ناحية الطب كالعيوب

---

(١) الطرق الحكمية : ص ٢٢٢ .

والجراحات ، واشترط ابن القاسم عدالة القائف.

لكن المالكية خالفوا أصلهم هذا وقالوا لا يجوز من القافة إلا اثنان مع العدالة وهو قول الإمام مالك رواه عنه ابن نافع وقول سحنون[1] .

فقد سئل سحنون: أترى أن يقضى بقائف واحد ؟ فقال: "لا يقضى بواحد ولا يلحق به نسبا ، قيل: فإن لم يجد إلا قائفا واحدا ، قال: يكتب إلى البلدان ويرسل حتى يأتيه بقائف آخر ، قيل له: فإن كتب ولم يجد؟ قال: يكتب أيضا وينتظر أبدا ولا يقضي بقائف واحد"[21] .

ووجه قول سحنون ورواية ابن نافع عن مالك مراعاة لخلاف الحنفية ، وليحتاط أكثر في قضية النسب.

قال ابن رشد: "ووجه قول سحنون ورواية ابن نافع عن مالك في أنه لا يجوز أن يقضي إلا باثنين عدلين مراعاة للاختلاف، إذ من أهل العلم من لا يرى الحكم بالقافة أصلا وهو مذهب أبي حنيفة"[3] .

المسألة الثالثة: تجديد تزكية الشاهد:

الشهادة في اللغة: الإخبار بما قد شوهد ، أو هي خبر قاطع[4] .

وفي الاصطلاح: عرفها ابن عرفة بقوله: "قول هو بحيث يوجب على

---

(١) التبصرة: ٢/ ٩٣ ، البيان والتحصيل: ١٠/ ١٢٧ .

(٢) البيان والتحصيل: ١٠/ ١٢٧ .

(٣) المرجع السابق ، توضيح الأحكام للتوزري: ١/ ١٢٠ .

(٤) المصباح المنير: ص ١٦٩ ، مختار الصحاح: ص ٣٤٩ .

الحاكم سماعه الحكم بمقتضاه إن عدل قائله مع تعدده أو حلف طالبه "[1] .

وعرفها الدسوقي : "إخبار حكم من علم ليقضى بمقتضاه "[2] .

والتزكية في اللغة : المدح[3] .

وفي الاصطلاح : "عبارة عن التزكي بإيثار الحق على الخلق ، أي يؤثر شهادة الحق في الوجود على شهادة الخلق "[4] .

والشاهد لا يخلو حاله من أربعة[5] أحوال :

إما أن تظهر علامة الخير عليه أو الدين فإن شهادته لا تقبل إلا إذا زكي ، بأن شهد له اثنان فأكثر بأنه عدل رضا ممن تقبل شهادته .

أما إن ظهرت عليه علامة الشر ولم تتحقق عليه فلا تقبل شهادته حتى يزكى .

أو كان معلنا بالشر وما لا يليق فلا تقبل شهادته ، ولا يصح تعديله لأن حالته التي أعلن بها مكذبة لمن يريد تعديله .

وإن كان مجهول الحال فلم يظهر عليه وسم خير ولا شر فلا بد من تزكيته .

إلا أن المالكية اختلفوا في تجديد هذه التزكية كلما شهد ، أم تكفي

---

(١) شرح حدود ابن عرفة : ٢/ ٥٨٢ .

(٢) حاشية الدسوقي : ٤/ ١٦٤ .

(٣) لسان العرب : ٢/ ٣٦ ، المصباح المنير : ١/ ٢٧٢ .

(٤) كشاف اصطلاحات الفنون للتهناوي : ٣/ ١٢٤ .

(٥) شرح ميارة على التحفة : ١/ ٥٧ .

التزكية الأولى ؟ [1].

القول الأول: لا يحتاج لتزكية ثانية بل يكتفى بالتزكية الأولى ، وينفذ الحكم بناء على الشهادة الثانية بلا تزكية أخرى مالم يتهم بأمر حدث ، وهو قول الإمام مالك وابن القاسم .

القول الثاني: يحتاج للتزكية كلما شهد ، حتى ولو شهد في يوم تزكيته فلا بد من التزكية كلما شهد حتى تثبت عدالته وتشتهر تزكيته ، إذ العيب قد يحدث في أي وقت ، فلا تعتبر الشهادة بلا تزكية ، وهو قول سحنون وعليه العمل بالمغرب عند القضاة .

القول الثالث: إذا كانت الشهادة الثانية قريبة من الأولى ولم تطل المدة بينهما جدا كفت تزكيته الأولى ، وإلا يبحث عن عدالته مرة ثانية .

مراعاة الخلاف في هذه المسألة:

إذا شهد الشاهد دون تزكية جديدة عند قاض يرى تجديدها ، وحكم بمقتضاها فإن حكمها ينفذ مراعاة لمن اكتفى بتزكية واحدة وذلك لاستقرار أحكام القضاء وصونها من التلاعب ، وصون شهادة الشاهد المزكى [2].

---

(1) شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام : ١/ ٥٧ ، شرح الخرشي : ٧/ ١٨١ ، حاشية الدسوقي : ٤/ ١٩٣-١٩٤ ، جواهر الإكليل للآبي الأزهري : ٢/ ٢٣٥ .

(2) شرح الخرشي : ٧/ ١٨١ ، جواهر الإكليل : ٢/ ١٣٥ .

المسألة الرابعة : شهادة مجهول الحال أو المستور:

مجهول الحال أو المستور: هو الذي لم يظهر عليه وسم خير ولا شر[1] .

وقد اختلف العلماء في قبول شهادة مجهول الحال .

فذهب أبو حنيفة[2] رحمه الله إلى أن المسلم المستور شهادته مقبولة بلا حاجة إلى بحث عن عدالته وهو قول الحسن ومذهب الليث بن سعد[3] وقالوا : " إنه مسلم والظاهر من حال المسلم العدالة " .

ولقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه : " المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجلودا في حد ومجربا على شهادة الزور "[4] .

فيجوز البناء على هذا الظاهر ما لم يطعن الخصم في شهادته وعدالته ، وما لم تتعلق شهادته بالحدود والقصاص لأن هذه يحتاط لها ، وتندرىء بالشبهات ، فيجب التحري والبحث عن عدالته في هذه الحالة .

وقال الإمام مالك رحمه الله " : يجب تزكية الشاهد المستور حتى تثبت عدالته أو فسقه سواء تعلقت الشهادة بحد أو قصاص أو غيرهما ، وسواء طعن الخصم في شهادة الشاهد وعدالته أو لم يطعن لأن التحري أقوى من

---

(١) شرح ميارة على التحفة : ١/ ٥٣ .

(٢) فتح القدير : ٦/ ٢٦ ، حاشية ابن عابدين : ٧/ ٦٣ .

(٣) الليث بن سعيد : أبو الحارث بن سعد بن عبد الرحمن القيسي ولاء إمام أهل المصر في الحديث والفقه أصله من خرسان ، ومولده بقلقشنده قرية بقرب القاهرة ووفاته بالقاهرة سنة ١٥٧هـ. انظر : وفيات الأعيان : ٤/ ١٢٧ ، الأعلام : ٦/ ١١٥ .

(٤) أخرجه البيهقي في السنن : ١٠/ ١٩٧ ، نصب الراية : ٤/ ١٨ .

الاكتفاء بالظاهر وأولى منه لما فيه من الاحتياط "[1] .

سئل ابن القاسم عن الشاهد لا يعرفه القاضي بعدالة ولا بحال فاسدة وهو ممن يشهد الصلاة في المساجد ولا يعرفه بأمر قبيح ، أتجيز شهادته أم لا؟ قال : " لا ينبغي له أن يقبل إلا عدلا ثابت العدالة "[2] .

وقد استدلوا على ذلك بقوله تعالى : ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾[3]ولا يرضى إلا من عرفت عدالته وقال تعالى : ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾[4] فلا ينبغي لغير العدول أن تجوز شهادتهم على أحد من الناس .

وروي عن عمر رضي الله عنه أن رجلين شهدا عنده فقال : " لا أعرفكما ولا يضركما ألا أعرفكما جيئاني برجل يعرفكما ، فجاءاه برجل فقال : أتعرفهما ؟ قال : نعم ، قال : أكنت معهما في السفر الذي يكشف أخلاق الناس قال : لا ، قال : أفأنت جارهما تعرف صباحهما ومساءهما ؟ قال : لا ، قال : أعاملتهما بالدنانير والدراهم التي تتقطع بهما الأرحام ، قال لا ، قال : يا ابن أخي ما تعرفهما ، جيئاني بمن يعرفكما "[5] .

أما قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه فالمراد به أن الظاهر العدالة ولا

---

(١) المدونة : ٤/ ٧٩ ، المعونة : ٣/ ١٥١٧ ، التفريع : ٢/ ٢٣٨ ، شرح ميارة على التحفة : ١/ ٥٣ ، التبصرة : ١/ ٢٥٦ .

(٢) شرح ميارة على التحفة : ١/ ٥٣ .

(٣) البقرة/ ٢٨٢ .

(٤) الطلاق/ ٢ .

(٥) البيهقي في السنن : ١٠/ ١٩٧ .

يمنع ذلك من وجوب البحث ومعرفة حقيقة العدالة.

مراعاة الخلاف في هذه المسألة:

أجاز بعض المالكية شهادة المجهول الحال على التوهم فيما يقع بين المسافرين في السفر ووجه هذا القول مراعاة قول من أجاز شهادة مستور الحال[1] .

قال ابن رشد: "مراعاة للاختلاف ، إذ من أهل العلم من يحمل الشاهد على العدالة حتى تعرف جرحته وهو قول الحسن ومذهب الليث بن سعد[2] .

---

(١) شرح ميارة على التحفة: ١/ ٥٣ .

(٢) البيان والتحصيل: ١١/ ٢٦٣ .

المبحث الثاني

أثر مراعاة الخلاف فقي الجنايات والحدود

المسألة الأولى : قتل المرتد قبل استتابته:

عرف ابن عرفة الردة بقوله: "الردة كفر بعد إسلام تقرر"[(١)] .

وتحصل الردة إما بتصريح بالكفر كقوله: أنا كافر أو مشرك ، أو قول يقتضيه أو فعل يتضمنه كإلقاء مصحف في طريق النجاسة أو السجود للصنم[(٢)] .

واتفق العلماء على أن المرتد يقتل لقول النبيﷺ : « من بدل دينه فاقتلوه» [(٣)] .

لكنهم اختلفوا في استتابته قبل قتله:

فقال فريق من العلماء : المرتد يقتل دون أن يستتاب ، وهو أحد قولي الشافعي[(٤)] ورواية عن الإمام أحمد وقول الحسن وأحد قولي طاوس[(٥)] . واستدلو على ذلك بقوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا ثُمَّ كَفَرُوا ثُمَّ آمَنُوا ثُمَّ كَفَرُوا ثُمَّ ازْدَادُوا كُفْرًا لَّمْ يَكُنِ اللَّهُ لِيَغْفِرَ لَهُمْ وَلا لِيَهْدِيَهُمْ سَبِيلاً﴾[(٦)] .

---

(١) شرح حدود ابن عرفة: ٢/ ٦٣٤ .

(٢) المرجع السابق.

(٣) أخرجه البخاري في الجهاد باب: لا يعذب بعذاب الله (رقم: ٢٨٥٤).

(٤) الحاوي: ١٦/ ٤١٥ .

(٥) المغني: ٨/ ١٢٣ ١٢٤ ، الذخيرة: ١٢/ ٤٠ .

(٦) النساء/ ١٣٧ .

ولقول النبي ﷺ: «من بدل دينه فاقتلوه» ولم يذكر النبي صلى الله عليه وسلم استتابة.

ويروى أن النبي ﷺ أمر يوم فتح مكة بقتل قوم ارتدوا عن الإسلام[1].

وبما روي من أن معاذ بن جبل قدم على أبي موسى الأشعري وهو باليمن، فلما قدم عليه قال: "انزل، وألقى إليه وسادة، وإذا رجل عنده موثق قال: من هذا؟ قال: هذا كان يهوديا فأسلم ثم راجع دينه دين السوء فتهود، قال: لا أجلس حتى يقتل، قضاء الله ورسوله، فقال: اجلس، قال: لا أجلس حتى يقتل، قضاء الله ورسوله ثلاث مرات، فأمر بقتله"[2].

وقالوا: لأنه يقتل لكفره فلم يجب استتابته بالأصل، ولأنه لو قتل قبل الاستتابة لم يضمن ولو حرم قتله ضمن[3].

وقال المالكية لا يقتل المرتد حتى يستتاب، وعرض التوبة عليه واجب[4].

قال القاضي عبد الوهاب: "وعرض التوبة واجب على الظاهر من

---

(١) الاستذكار: ٢٢/ ١٤٥.

(٢) أخرجه البخاري في الأحكام باب: الحاكم يحكم بالقتل على من وجب عليه دون الإمام الذي فوقه (رقم: ٦٧٣٨)، ومسلم في المغازي باب: النهي من الطلب الإمارة والحرص عليها (رقم: ١٧٣٣).

(٣) المغني: ٨/ ١٢٤، الاستذكار: ٢٢/ ١٤٦.

(٤) المعونة: ٣/ ١٣٦١، الاستذكار٢٢/ ١٤٥، الذخيرة: ١٢/ ٤٠.

المذهب "[1] .

وقال مالك : " وإذا تاب المرتد قبلت توبته ولا حد عليه فيما صنع في ارتداده "[2] .

واستدل المالكية على الاستتابة بما يلي :

بقوله تعالى : ﴿قُل لِّلَّذِينَ كَفَرُوا إِن يَنتَهُوا يُغْفَرْ لَهُم مَّا قَدْ سَلَفَ﴾[3] والأمر للوجوب .

ولما روي أن رجلا قدم من قبل أبي موسى على عمر بن الخطاب رضي الله عنه فسأله عن الناس ، فأخبره ، ثم قال عمر : " هل كان فيكم من مغربة خبر فقال : نعم ، رجل كفر بعد إسلامه قال : فما فعلتم به قال : قربناه فضربنا عنقه ، فقال عمر : أفلا خبستموه ثلاثا وأطعمتموه كل يوم رغيفا واستتبتموه ، لعله يتوب ويراجع أمر الله ، ثم قال عمر : اللهم إني لم أحضر ولم أرض إذ بلغني "[4] .

فإنكار عمر بن الخطاب رضي الله عنه أوضح دليل على وجوب استتابة المرتد قبل قتله .

وروي هذا عن جمع من الصحابة رضوان الله عليهم ، فقد قال علي بن

---

(١) المعونة : ٣/ ١٣٦١ .

(٢) البيان والتحصيل : ١٦/ ٥٦ .

(٣) الأنفال/ ٣٨ .

(٤) أخرجه مالك في الأقضية باب : القضاء فيمن ارتد عن الإسلام والبيهقي في السنن : ٨/ ٢٠٦ .

أبي طالب: "المرتد يستتاب فإن تاب قبل منه ثم إن ارتد يستتاب فإن تاب قبل منه ثم إن ارتد يستتاب، فإن تاب قبل منه فإن ارتد بعد الثلاث قتل ولم يستتب"[1].

ويروى أن أبا موسى قد استتاب ذلك المرتد شهرين قبل قدوم معاذ عليه، وفي رواية: "فدعاه عشرين ليلة أو قريبا من ذلك فجاء معاذ فضرب عنقه"[2].

ولأنه يحتمل أن تكون عرضت له شبهة فتأول أو يزيلها عنه خلال أيام، ولا يلزم من تحريم القتل وجوب الضمان بدليل نساء أهل الحرب وصبيانهم وشيوخهم، ولأنه أمكن استصلاحه فلم يجز إتلافه قبل استصلاحه كالثوب النجس[3].

أما قول النبي ﷺ: «من بدل دينه فاقتلوه» فالمراد به من بدل دينه وتمادى على ذلك ولم يصرف عنه[4].

و يمهل المرتد عند المالكية ثلاثة أيام دون تعذيب ولاتعطيش ولا تجويع لقول عمر بن الخطاب: «فإن تاب قبلت توبته ولا حد عليه»[5].

---

(١) مصنف عبد الرزاق: ٦/ ١٠٤، الاستذكار: ٢٢/ ١٤٥.

(٢) أخرجه أبو داود في الحدود باب: الحكم فيمن ارتد (رقم: ٤٣٥٦).

(٣) الذخيرة: ١٢/ ٤٠، المغني: ٨/ ١٢٤.

(٤) الاستذكار: ٢٢/ ١٣٧.

(٥) الذخيرة: ١٢/ ٣٩، مواهب الجليل: ٦/ ٢٨١.

مراعاة الخلاف في هذه المسألة:

راعى المالكية قول من لم ير الاستتابة ، وقالوا من قتل مرتدا عمدا فلا غرم عليه قال الطرطوشي: "فإن قتله أحد قبل عرض التوبة فلا قصاص ولا دية "[1].

و قال القاضي عبد الوهاب: "إن قتله قبل استتابته فبئس ما صنع ولا يكون فيه قود ولا دية "[2].

وسئل سحنون عن رجل قتل مرتدا عمدا ماذا يجب عليه؟ قال سحنون: "من قتل مرتدا عمدا فلا غرم عليه لديته ولا شيء ، وسواء قتله مسلم أو نصراني ، ولا دية عليه ولا قتل ، وقد كان عبد العزيز يقتل المرتد ولا يستتيبه. ويذكر ذلك عن معاذ بن جبل ، غير أن السلطان يؤدب القاتل لما افتات عليه ، لأن مثل هذا الحكم فيه بيد السلطان "[3].

فقد راعى سحنون الخلاف في هذه المسألة وأسقط عن القاتل الضمان.

قال ابن رشد موجها كلام سحنون: "مراعاة لقول من لا يرى استتابة ويوجب عليه القتل ما لم يرجع إلى الإسلام "[4].

---

(١) الذخيرة: ١٢/ ١٢٥ .

(٢) المرجع السابق.

(٣) البيان والتحصيل: ١٦/ ٥٦ .

(٤) المرجع السابق.

المسألة الثانية : كسر الشطرنج:

كره الإمام مالك رحمه الله اللعب بالشطرنج واعتبره من الباطل ، قال يحيى[1] سمعت مالكا يقول: "لا خير في الشطرنج وكرهها ، وسمعته يكره اللعب بها ويعدها من الباطل ويتلو هذه الآية: ﴿فَمَاذَا بَعْدَ الْحَقِّ إِلاَّ الضَّلالُ﴾[2] وفي رواية: هو شر من النرد ولأن اللعب بها يؤدي إلى القمار أو الحلف كاذبا وترك الصلاة وذلك الفسوق"[3].

ولا اختلاف بين مالك وأصحابه في أن من أدمن اللعب بها كان ذلك جرحة منه تسقط أمانته وشهادته ، وقد قيل إن الإدمان أن يلعب بها في كل عام مرة ، وهذا إذا لعب بها من غير وجه القمار ، وأما اللعب بها على القمار والخطر فلا اختلاف بين أحد من أهل العلم في تحريمه ذلك لأنه من الميسر المحرم بنص القرآن ، ولقوله تعالى: ﴿وَلا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ[4]﴾[5].

وقاسه الإمام مالك بالنرد الذي نهى النبي ﷺ عن اللعب به وقال: «من

---

(١) يحيى: أبو محمد بن يحيى بن كثير الليثي ولاء، بربري الأصل، روى الموطأ عن مالك إلا أبوابا من كتاب الاعتكاف شك في سماعها فأثبت روايته فيها عن زياد وإليه انتهت رئاسة الفتوى في بلده توفي بقرطبة سنة ٢٣٤هـ. انظر: ترتيب المدارك: ٢/ ٥٣٤ ، الديباج: ص ٣٥٠ ، شجرة النور: ص ٦٣ .

(٢) يونس/ ٣٢ .

(٣) الموطأ: كتاب الرؤيا باب ما جاء في النرد ، والتمهيد: ١٣/ ١٨١ .

(٤) البقرة/ ١٨٨ .

(٥) التمهيد: ١٣/ ١٨١ ، المنتقى: ٧/ ٢٨٧ .

لعب بالنرد فقد عصى الله ورسوله»[1] .

وقال عليه السلام : «من لعب بالنردشير فكأنما غمس يده في لحم خنزير ودمه» [2] .

وعن عائشة رضي الله عنها أنه بلغها أن أهل بيت في دارها كانوا سكانا فيها عندهم نرد ، فأرسلت إليهم : «لئن لم تخرجوها لأخرجتكم من داري» وأنكرت ذلك عليهم[3] .

وعن عبد الله بن عمر أنه كان إذا وجد أحدا من أهله يلعب بالنرد ضربه وكسرها ، لأنه لا منفعة فيها ، وإبقاؤها داع إلى معاودتها[4] .

وذهب بعض العلماء إلى إجازة اللعب بالشطرنج إذا كان على غير قمار ولم يشغل عن ذكر الله وهو قول سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير[5] ، ومحمد بن سيرين وعروة بن الزبير وسليمان بن يسار والشعبي والبصري وابن شهاب[6] .

---

(١) أخرجه مالك في الرؤيا باب : ماجاء في النرد أبو داود في الأدب باب : في النهي عن اللعب بالنرد (رقم : ٤٩٣٨) ، وابن ماجة في الأدب باب : اللعب بالنرد (رقم : ٣٧٦٢) ، والحاكم : ١/ ٥٠ ، وقال : صحيح على شرط الشيخين وأقره الذهبي .

(٢) أخرج[illegible] باب : تحريم اللعب بالنردشير (رقم : ٢٢٦٠) .

(٣) مالك في الرؤيا باب : ماجاء في النرد .

(٤) المرجع السابق .

(٥) سعيد بن جبير : بن هشام الكوفي المقرىء المفسر المحدث تابعي روى عن ابن عباس ، قتله الحجاج سنة ٩٥هـ . انظر : طبقات ابن سعد : ٦/ ١٧٨ ، تهذيب التهذيب : ٤/ ١١ .

(٦) التمهيد : ١٣/ ١٨١ .

مراعاة الخلاف في هذه المسألة:

من مات وترك في تركته شطرنجا هل يجوز للإمام أن يأمر بكسرها؟

فالراجح عند المالكية أن للإمام كسرها لكراهية اللعب بها قياسا على ما فعله عبد الله بن عمر في النرد[١] .

وراعى عيسى بن دينار قول من أجاز ولم ير للإمام كسر الشطرنج.

فقد سئل عن رجل هلك فوجد في تركته شطرنج يلعب به هل ترى للإمام أن يأمر بكسرها قال: " لا أرى ذلك عليه ، وأرى أن يدعها ، قيل فإن كان عليه دين هل يبيعها في دينه ؟ قال: لا ، ولم ير ذلك في العود والمزمار ورأى أن يكسر على كل حال[٢] .

وإنما قال ذلك عيسى بن دينار لما روى من رخص في اللعب بالشطرنج على غير قمار من العلماء[٣] .

المسألة الثالثة : من سرق جلد ميتة بعد دبغه:

ذكرت آنفا الخلاف بين العلماء في جلد الميتة ، هل يطهر بالدباغ فيجوز الانتفاع به أو لا؟ .

مراعاة الخلاف في هذه المسألة:

وبناء عليه فإن من سرق جلد ميتة بعد دبغه ، فإن كان فيه من صنعته ما

---

(١) البيان والتحصيل: ١٣/ ٢٥٥ ٢٥٦ .

(٢) المرجع السابق.

(٣) شرح المنهج النتخب: ٢/ ١٤٣ .

تكون قيمته ثلاثة دراهم ، قطع ، وهو قول ابن القاسم في المدونة ، لأن الصنعة مستهلكة فيه ولا يمكن أن تنفصل منه فتهلك[1] .

المسألة الرابعة : من سرق لحم السبع :

الخلاف في هذه المسألة متفرع عن الخلاف في تحريم أو كراهة أكل لحم السباع .

فذهب المدنيون والمغاربة من المالكية والشافعية إلى تحريم أكل لحم السبع ، وعليه فمن سرق سبعا حيا أو بعد ذبحه وكان يساوي النصاب الذي يقطع به وهو ثلاثة دراهم أو يزيد ، فإنه لا يقطع ، لأن اللحم حرام ، والشيء المحرم مهدور القيمة في نظر الشرع ، فلحم السبع ليس له قيمة شرعية وإن بلغ النصاب[2] .

أما مالكية العراق فقد قالوا بإباحة لحم السبع مع الكراهة مراعاة للخلاف .

وعليه فسارق السبع يقطع في أخذ لحمه فقط إن ساوى نصابا ، لكونه غير محرم ولا ممنوع[3] .

مراعاة الخلاف في هذه المسألة :

إلا أن المالكية راعوا قول من حرم أكل لحم السبع وأهدر قيمته ، وقالوا

---

(١) المدونة : ٤/ ٣٢١ ، البيان والتحصيل : ١٦/ ٢٣٨ .

(٢) مغني المحتاج : ٤/ ٣٠٠ ، شرح الخرشي : ٣/ ٣٠ .

(٣) حاشية الدسوقي : ٤/ ٣٧٦ .

بعـدم القطع في سـرقة اللـحم فقط وإن سـاوى ثلاثة دراهم مـراعـاة لخـلاف الشافعية[1].

و لا يخفى المسوغ للمراعاة هنا وهو التيسير في دفع الحد بشبهة الخلاف بقدر المستطاع لأن الحدود تدرأ بالشبهات .

المسألة الخامسة : ميراث الزنديق :

الزنديق : هو المنافق كمن يعبد شمسا أو حـجرا سرا وهو مع ذلك يدعي الإسلام[2].

والزنديق يقتل عند الإمام مالك ولا يستتاب ولا يقبل منه إيمان ولا توبة[3].

واستدلوا بقـوله تعالى : ﴿إِلاَّ الَّذِينَ تَابُوا وَأَصْلَحُوا وَبَيَّنُوا﴾[4] والزنديق لا تظهر منه علامة تبين رجوعه وتوبته ، لأنه كان مظهرا للإسلام مسرا للكفر ، فإذا وقف على ذلك فأظهر التوبة لم يزد على ما كـان منه قبلهـا ، وهو إظهار الإسلام .

ولقـوله تـعـالى : ﴿فَلَمَّا رَأَوْا بَأْسَنَا قَالُوا آمَنَّا بِاللَّهِ وَحْدَهُ وَكَفَرْنَا بِمَا كُنَّا بِهِ مُشْرِكِينَ (٨٤) فَلَمْ يَكُ يَنفَعُهُمْ إِيمَانُهُمْ لَمَّا رَأَوْا بَأْسَنَا﴾[5] وقـالوا عن جـمـاعـة من

---

(١) المرجع السابق ، شرح الخرشي : ٣/ ٣٠ .

(٢) الذخيرة : ١٣/ ٢٢ ، حاشية الدسوقي : ٤/ ٣٠٦ .

(٣) المعـونة : ٣/ ١٣٦٣ ، الذخـيـرة : ١٣/ ٢٢ -٢٣ ، مـواهـب الجليل : ٦/ ٢٨٢ ، حاشية الدسوقي : ٤/ ٣٠٦ .

(٤) البقرة/ ١٦٠ .

(٥) غافر/ ٨٥ .

أهل التفسير أن البأس في الآية السيف[1] .

وعليه فإن الزنديق بعد قتله أو موته لا يرثه ورثته المسلمون ويكون ماله فيئا لبيت المال ، وهي رواية ابن نافع وابن الماجشون عن الإمام مالك ، وكذلك المرتد ماله لبيت المال ، فلو ارتد رجل فوقف للقتل وله ابنان وأب فمات أحد ابنيه ورثه أخوه وجده بنصفين، ولا ميراث لأبيه المرتد ، فإن قتل لم يرثه أحد من المسلمين .

واستدل المالكية على ذلك بحديث أسامة بن زيد أن رسول الله ﷺ قال : «لا يرث الكافر المسلم ولا المسلم الكافر»[2] والمرتد والزنديق كافران .

وبقوله ﷺ : «لا يتوارث أهل ملتين في شيء»[3] .

وذهب بعض العلماء إلى أن المسلم يرث المرتد والزنديق ، وهو مذهب أبي بكر الصديق، وعلي، وابن مسعود، والحسن، وسعيد بن المسيب، وعمر بن عبد العزيز، والأوزاعي، والثوري، وعطاء، وأهل العراق ، وهو أحد قولي الإمام أحمد إلا أن الثوري وأبا حنيفة قالا : ما اكتسبه في ردته يكون فيئا[4] واستدلوا على ذلك :

---

(١) المغني : ٦/ ٣٠٠ .

(٢) أخرجه البخاري في الفرائض باب : لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم (رقم : ٦٣٨٣) ، ومسلم في الفرائض (رقم : ١٦١٤) .

(٣) أخرجه أبو داود باب : هل يرث المسلم الكافر (رقم : ٢٩١١) .

(٤) المغني : ٦/ ٣٠٠ .

بقول النبي ﷺ : «الإسلام يزيد ولا ينقص»[1] .

وبما روي عن زيد بن ثابت قال : بعثني أبو بكر عند رجوعه إلى أهل الردة أن أقسم أموالهم بين ورثتهم[2] .

ولأن ردته ينتقل بها ماله فوجب أن ينتقل إلى ورثته المسلمين كما لو انتقل بالموت .

أما قول النبي ﷺ : «لا يرث الكافر المسلم ولا المسلم الكافر» فهو خاص بالكافر الذي يقر على كفره[3] .

مراعاة الخلاف في هذه المسألة :

روى ابن القاسم عن الإمام مالك أن الزنديق يرثه ورثته من المسلمين ، وهذا القول مبني على مراعاة من قال المسلم يرث الزنديق والمرتد[4] .

ولأن الزنديق يقتل حدا ، وهو مسلم في الظاهر فلا يحرم ورثته ميراثه إلا بيقين .

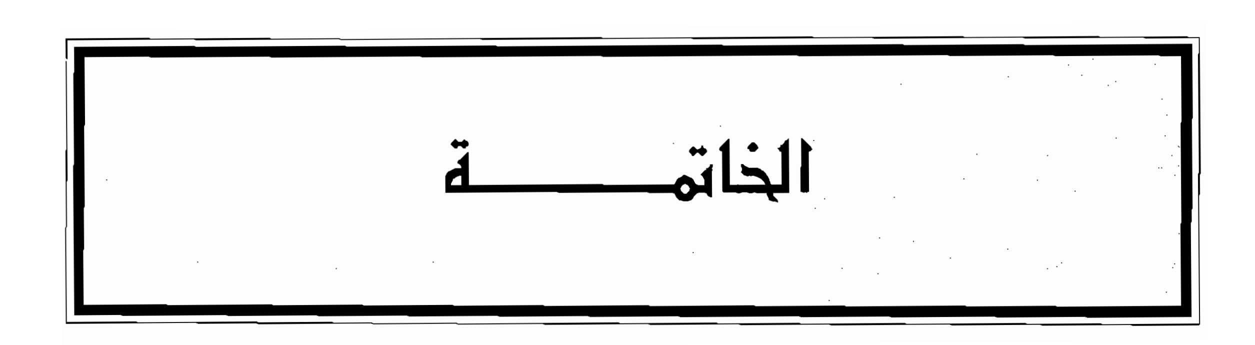
---

(١) أخرجه أبو داود في في الفرائض باب : هل يرث المسلم الكافر (رقم : ٢٩١٢) .

(٢) المغني : ٦/ ٣٠١ .

(٣) الاستذكار : ١٥/ ٢٧ .

(٤) البيان والتحصيل : ١٦/ ٤٠٨ ، الكليات الفقهية للمقري : ص ٤٦ . ذكرت المراجع التي استعنت بها أكثر من مرة .



الخاتمة

الخاتمـــة

في الختام يُمكنني تلخيص ما توصلت إليه من النتائج فيما يلي:

مراعاة الخلاف أصل من الأصول التي اعتمدها المالكية، وهو من محاسن المذهب المالكي.

راعى الإمام مالك الخلاف في اجتهاده وفتاويه وهذا ما فهمه حُذّاق المالكية.

راعى المالكية الخلاف بعد الوقوع - وهو الغالب - كما راعوه قبل الوقوع احتياطًا وورعًا.

لم يراع المالكية صورة الخلاف - كما يدعي النافون لمراعاة الخلاف - وإنّما راعوا الدليل المخالف، وذلك لإصلاح ما أفسده المكلف على نفسه ولتجنيبه آثار القول الراجح في المذهب من فسخ أو فساد.

الأدلة التي استدل بها المجيزون - النقلية والعقلية - قوية لا يمكن ردّها، لأنها توافق ظواهر النصوص ومقاصد الشريعة العامة.

الخلاف بين المجيزين والنافين لمراعاة الخلاف لفظي أو اصطلاحي لأنّ الفريقين ينشد الحجة والدليل وهذا عين مُراعاة الخلاف.

مراعاة الخلاف يؤدي إلى رفع الخلاف بين المجتهدين أو يقلله، وفي هذا رَد على المتشككين والذين يثيرون شبهة التباين المطلق وعدم الاتفاق بين المذاهب الفقهية، لأن ما يجمع أصحاب هذه المذاهب أكثر مما يفرقهم،

واختلافهم اختلاف تنوع وليس اختلاف تضاد ، بدليل اطلاع كل مجتهد على أدلة مخالفة وعدم تحرجه في الأخذ بها مراعاة للخلاف .

مراعاة الخلاف تفتح المجال واسعًا أمام أهل الخبرة من الفقهاء ورجال القانون لتفنين أحكام الشريعة الإسلامية وذلك بانتقاء الأحكام بما يناسب الأفراد والمجتمع .

كما تفتح مراعاة الخلاف للقضاة هامشًا واسعًا لتطبيق الأحكام دون التقيد بالمنصوص في المذهب أو الراجح إذا كان في ذلك مصلحة ظاهرة معتبرة .

وهذا ما كان يفعله القضاة أيام الحكم الإسلامي ، فكانوا يعتمدون في بعض الحالات على الأقوال المرجوحة لحل ما يواجههم من المعضلات وكذلك فعل المفتون .

مراعاة الخلاف دليل واضح على نبذ الأئمة الأعلام للتعصب المذهبي ، وأنّ هذا الداء إنّما نشأ حين ابتعد أتباع المذاهب عن منهج أئمتهم المبني على استيعاب جميع الخلافات ، وإعمالها وفق ضوابط علمية لخدمة المنهج الاجتهادي ، حتى لا تتوقف الحياة ، ولو اكتفى الناس باجتهاد إمام واحد لأصابهم العنت والمشقة في أمور معيشتهم .

الفروع التي بنيت على مراعاة الخلاف عند المالكية كثيرة ومتشعبة ومتجددة بتجدد الأقضية التي تحدث للمكلفين . وقد عمل المالكية بهذا

الأصل من لدن الإمام مالك إلى يومنا هذا، وبالتالي فالإحاطة بكل الفروع الفقهية أمر عسير يحتاج إلى وقت أطول للرجوع إلى جميع المراجع الفقهية المعتمدة .

وأخيراً فإن البحث في مراعاة الخلاف طويل ومتشعب يحتاج إلى استقراء شامل ومراجع وافية حتى تتضح معالمه ، وهذا البحث وإن لم يكن وافيا بالقدر الذي كنت أطمح ، إلا أنّه قد يفتح المجال أمام الباحثين لمزيد من الدراسة والبحث في هذا الأصل وجميع أصول المالكية .

والله الموفق للخيرات، والحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين .

* الفهـــــــــــارس *



قائمة المراجع

١ - **أحكام القرآن** لمحمد بن عبد الله بن العربي، تحقيق علي محمد البجاوي، مطبعة عيسى البابي الحلبي مصر ١٣٩٤هـ-١٩٧٤م.

٢ - **أسد الغابة في معرفة الصحابة**، لعز الدين أبي الحسين علي بن محمد الجزري ، مطبعة الفجالة مصر.

٣ - **أسهل المدارك شرح إرشاد السالك** ، لأبي بكر بن حسن الكشناوي ، الطبعة الثانية بمطبعة عيسى الحلبي.

٤ - **الأشباه والنظائر** ، لابن السبكي تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي، رسالة دكتوراه لعبد الفتاح أبو العينين الأزهر.

٥ - **الأشباه والنظائر** ، لابن نجيم ، تحقيق وتعليق عبد العزيز محمد الوكيل، نشر مؤسسة الحلبي وشركاه القاهرة ط/ ١٣٨٧هـ.

٦ - **الأشباه والنظائر** ، لجلال الدين السيوطي ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي الطبعة الأخيرة سنة ١٣٧٨هـ-١٩٥٩م.

٧- **أعلام الموقعين عن رب العالمين** ، لابن القيم الجوزية ، شركة الطباعة الفنية المتحدة بالقاهرة ، سنة ١٣٨٨هـ-١٩٦٨م الناشر مكتبة الكليات الأزهرية.

٨- **الأعلام لخير الدين الزركلي** ، ط/ الخامسة بدار العلم للملايين بيروت عام ١٩٨٠م.

---

(١) ذكرت المراجع التي استعنت بها أكثر من مرة.

٩- **الأم** ، للإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي . مطابع دار الشعب مصر ، ط/ ١٣٨٨هـ.

١٠- **أنوار التنزيل وأسرار التأويل** للبيضاوي عبد الله بن محمد ، المكتبة الإسلامية ، ديار بكر تركيا .

١١- **الإبهاج شرح المنهاج** ، علي بن عبد الكافي السبكي وولده تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي ، دار الكتب العلمية بيروت .

١٢- **الإتقان في علوم القرآن** ، لجلال الدين السيوطي ، تحقيق محمد أبي الفضل إبراهيم مطبعة المشهد الحسيني مصر .

١٣- **إحكام الفصول في أحكام الأصول** ، لأبي الوليد الباجي ، تحقيق عبد المجيد التركي ، دار الغرب الإسلامي بيروت ط/ ١٤٠٧هـ-١٩٨٦ م .

١٤- **الإحكام في أصول الأحكام** ، لسيف الدين علي بن أبي علي بن محمد الآمدي ، تحقيق عبد الرزاق عفيفي ، ط/ مؤسسة النور للطباعة بالرياض .

١٥- **الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام** ، لشهاب الدين القرافي ، تحقيق عبد الفتاح أبو غدّة ، مكتب المطبوعات الإسلامية ، حلب .

١٦- **إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول** ، لمحمد بن علي الشوكاني ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، مصر ، سنة ١٣٥٨هـ-١٩٣٩م .

١٧- **إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل** ، لمحمد ناصر الدين الألباني ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ط/ الثانية ١٤٠٥هـ- ١٩٨٥م .

١٨- **الإسعاف بالطلب مختصر شرح المنهج المنتخب على قواعد المذهب** ، جمع واختصار أبي القاسم بن محمد بن أحمد التواتي ، الطبعة الأولى سنة ١٣٩٥هـ .

١٩- **الإشارة إلى معرفة الأصول والوجازة في معنى الدليل** ، لأبي الوليد الباجي ، تحقيق مصطفى الوضيفي ومصطفى ناجي ، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء ١٩٨٨م .

٢٠- **الإصابة في تمييز الصحابة** ، لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، بمطبعة السعادة بالقاهرة ط/ الأولى ١٣٢٨هـ.

٢١- **الإعتصام** ، لأبي إسحاق إبراهيم بن موسى الشاطبي ، المكتبة التجارية الكبرى .

٢٢- **الإقناع في فقه الإمام أحمد** ، لشرف الدين موسى أبي النجا المقدسي الحجاوي ، المطبعة المصرية بالأزهر المكتبة التجارية الكبرى . ط/ ١٣٥١هـ .

٢٣- **إكمال إكمال المعلم شرح صحيح مسلم** ، لأبي عبد الله محمد بن خلفة الأبي ، ومعه مكمل إكمال الإكمال ، لأبي عبد الله محمد بن محمد السنوسي ، مطبعة السعادة بمصر ، ط / الأولى سنة ١٣٢٧هـ .

٢٤- **الإمام مالك (حياته - عصره - آراؤه الفقهية)** ، للشيخ محمد أبي زهرة. دار الفكر العربي ١٩٦٣-١٩٦٤م.

٢٥- **الانتقاء في فضائل الثلاثة الأئمة الفقهاء** ، للحافظ أبي عمر يوسف بن عبد البر. نشر مكتبة القدس بالقاهرة.

٢٦- **إيصال السالك في أصول الإمام مالك** ، لمحمد يحي بن أحمد المختار، المطبعة التونسية.

٢٧- **إيضاح المبهم من معاني السلم في المنطق** ، للشيخ أحمد الدمنهوري ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده القاهرة الطبعة الأخيرة ١٩٤٨م.

٢٨- **إيضاح المسالك إلى قواعد أبي عبد ا& مالك** ، لأحمد بن يحي الونشريسي ، تحقيق الصادق بن عبدالرحمن الغرياني ، ط/ الأولى منشورات كلية الدعوة الإسلامية ولجنة الحفاظ على التراث الإسلامي ليبيا ١٩٩١م -١٤٠١هـ.

٢٩- **الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار وشرح ذلك كله بالإيجاز والاختصار** ، للحافظ أبي عمر يوسف بن عبد البر ، تحقيق د. عبد المعطي أمين قلعجي ، دار قتيبة للطباعة والنشر دمشق ودار الوعي حلب. ط/ ١٤١٤هـ-١٩٩٢م.

٣٠- **الاستيعاب في معرفة الأصحاب** ، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن

محمد بن عبد البر مطبعة السعادة بالقاهرة مطبوع بهامش الإصابة ط/ الأولى١٣٢٨هـ. وطبعة دار الكتب العلمية بيروت تحقيق علي معوض وعادل عبد الموجود ط/ الأولى١٤١٥هـ-١٩٩٥م.

٣١- **البحر المحيط في أصول الفقه**، للإمام بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي الشافعي، تحقيق لجنة من علماء الأزهر، دار الكتب ط/ الأولى ١٤١٤هـ-١٩٩٤م.

٣٢- **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، للكاساني أبي بكر مسعود ابن الكاساني. الناشر زكريا يوسف مطبعة الإمام بالقلعة القاهرة.

٣٣- **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد الحفيد، دار الفكر.

٣٤- **البرهان في أصول الفقه**، لإمام الحرمين أبي المعالي الجويني تحقيق الدكتور عبد العظيم الديب، توزيع دار الأنصار بالقاهرة ط/ الثانية ١٤٠٠هـ.

٣٥- **البرهان في علوم القرآن**، لبدر الدين الزركشي، تحقيق محمد أبي الفاضل، ط/ الثانية، عيسى البابي الحلبي.

٣٦- **بغية الملتمس في تاريخ رجال الأندلس**، للضبي، القاهرة ١٩٦٧م.

٣٧- **بغية الوعاة في اللغويين والنحاة**، للحافظ جلال الدين السيوطي، تحقيق الأستاذ محمد أبو الفضل إبراهيم، طبعة عيسى البابي الحلبي

١٣٨٤هـ-١٩٦٥م.

٣٨- **بلغة السالك**، تأليف أحمد بن محمد الصاوي، على أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك (الشرح الصغير) لأبي البركات أحمد الدردير، دار الفكر.

٣٩- **البهجة في شرح تحفة الحكام**، لأبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، دار الرشاد الحديثة ١٤١٢هـ-١٩٩١م.

٤٠- **البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في المسائل المستخرجة**، لابن رشد أبي الوليد محمد بن أحمد القرطبي الجد، تحقيق أساتذة من علماء المغرب، دار الغرب الإسلامي، إدارة إحياء التراث الإسلامي قطر ١٩٨٤-١٩٨٦م، ١٤٠٤-١٤٠٦هـ.

٤١- **التاج والإكليل لمختصر خليل**، لأبي عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري الشهير بالمواق، مطبوع بهامش مواهب الجليل لشرح مختصر خليل للحطاب، دار الفكر.

٤٢- **تاريخ قضاة الأندلس**، أو المرقبة العليا فيمن يستحق القضاء والفتيا، لأبي الحسن علي بن عبد الله النباهي المالكي، المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع بيروت.

٤٣- **تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام**، لابن فرحون، دار المعرفة بيروت.

٤٤- **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، لفخر الدين عثمان بن علي بن

محجن الزيلعي ، وبهامشه حاشية الشيخ العلامة شهاب الدين أحمد الشلبي المطبعة الأميرية الكبرى بمصر ط/ الأولى سنة ١٣١٣هـ.

٤٥- **التحرير في أصول الفقه** ، لكمال الدين محمد بن عبد الواحد بن الهمام ، مطبعة مصطفى الحلبي سنة ١٣٥١هـ.

٤٦- **التحرير والتنوير** ، لابن عاشور محمد الطاهر ، الدار التونسية للنشر.

٤٧- **تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام** ، لأبي بكر محمد بن محمد بن عاصم الغرناطي المكتبة الشعبية بيروت.

٤٨- **تحفة الرأي السديد** ، للشيخ أحمد بك الحسيني ، طبعة فرج الله زكي الكردي ، بالقاهرة سنة ١٣٢٦هـ.

٤٩- **تذكرة الحفاظ** ، لأبي عبد الله شمس الدين محمد بن أحمد ، دار إحياء التراث العربي.

٥٠- **تراجم المؤلفين التونسيين** ، محمد محفوظ ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت لبنان الطبعة الأولى ١٩٨٤م-١٤٠٤هـ.

٥١- **ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك** ، للقاضي عياض بن موسى اليحصبي ، تحقيق جماعة من الأساتذة وزارة الأوقاف المغربية الرباط ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م.

٥٢- **تشنيف الأسماع بشيوخ الإجازة والسماع** ، لأبي سليمان محمود سعيد ابن محمد ممدوح. دار الشباب للطباعة القاهرة.

٥٣- **التعريفات** ، للجرجاني علي بن محمد الشريف الحنفي ، طبعة مكتبة لبنان بيروت سنة ١٩٦٦م .

٥٤- **التفريع** ، لابن الجلاب عبيد الله بن الحسين ، تحقيق الدهماني ، دار الغرب الإسلامي بيروت .

٥٥- **تفسير الطبري جامع البيان عن تأويل القرآن** ، لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري ، بعناية محمود محمد شاكر وأحمد محمد شاكر ، طبعة دار المعارف بمصر .

٥٦- **تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير** ، للحافظ ابن حجر العسقلاني ، تصحيح السيد عبد الله هاشم اليماني المدني ، القاهرة (١٣٨٤ هـ-١٩٦٤م) شركة الطباعة الفنية المتحدة بالقاهرة .

٥٧- **التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد** ، ليوسف بن عبد البر تحقيق مصطفى بن أحمد العلوي ومحمد عبد الكبير البكري ، وزارة الأوقاف المغربية ط/ الثانية ١٤٠٢هـ-١٩٨٢م .

٥٨- **تنوير الحوالك شرح موطأ مالك** ، لجلال الدين عبد الرحمن السيوطي ، مطبعة عيسى البابي الحلبي .

٥٩- **تهذيب الأسماء واللغات** ، لأبي زكرياء محي الدين بن شرف النووي ، تصوير بيروت عن الطبعة المنيرية .

٦٠- **تهذيب التهذيب** ، لابن حجر العسقلاني ، مصور عن طبعة الهند .

٦١- **توشيح الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب** ، لبدرالدين محمد بن يحي القرافي ، تحقيق أحمد الشتيوي ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ١٩٨٣م .

٦٢- **توضيح الأحكام على تحفة الحكام** ، للشيخ عثمان بن مكي التوزري . المطبعة التونسية ١٣٣٩هـ .

٦٣- **التوضيح في شرح التنقيح** ، لأبي العباس أحمد بن عبد الرحمن بن موسى اليزليطي الشهير بحلولو ، المطبعة التونسية ، سنة ١٣٢٨هـ .

٦٤- **تيسير التحرير** ، لمحمد أمين المعروف بأمير باده شاه ، مطبعة البابي الحلبي بمصر ، سنة ١٣٥٠هـ .

٦٥- **جامع الأمهات** ، لابن الحاجب أبي عمر عثمان بن عمر بن أبي بكر ، مخطوط بالمكتبة الأزهرية رقم ١٥٦٧٧ .

٦٦- **الجامع الصحيح** ، الجامع المختصر من السنن عن رسول الله ﷺ ، سنن الترمذي لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة ، تحقيق أحمد محمد شاكر وإبراهيم عوض ، ط/ الأولى ١٣٥٦هـ-١٩٣٧م ، مطبعة البابي الحلبي مصر .

٦٧- **الجامع الصحيح** ، لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري ، بحاشية السندي ، طبعة عيسى البابي الحلبي بالقاهرة .

٦٨- **الجامع لأحكام القرآن** ، للإمام أبي بكر القرطبي ، دار الكتب المصرية .

٦٩- **جذوة المقتبس** ، للحميدي محمد بن أبي نصر ، تحقيق إبراهيم الأبياري ، دار الكتاب اللبناني بيروت ط/ ٢ سنة ١٩٨٣م- ١٤٠٣هـ.

٧٠- **جمع الجوامع** ، لتاج الدين السبكي بشرح جلال الدين المحلي ، وحاشية البناني ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، ١٣٥٦ هـ-١٩٣٧م.

٧١- **حاشية إبراهيم الباجوري على متن السلم للإمام الخضري** ، مصطفى البابي الحلبي ١٣٤٧هـ.

٧٢- **حاشية ابن حمدون على شرح ميارة لمنظومة ابن عاشر** ، للشيخ محمد الطالب ابن حمدون ، طبعة مصطفى الحلبي.

٧٣- **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير** ، لشمس الدين محمد عرفة الدسوقي ، دار إحياء الكتب العربية عيسيالبابي الحلبي.

٧٤- **حاشية الشبراملسي** ، نور الدين بن علي الشبراملسي على نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي ، مطبوع بهامش نهاية المحتاج ، مطبعة مصطفى الحلبي ، ط/ الأخيرة ١٣٨٢هـ-١٩٦٧م .

٧٥- **حاشية العدوي على شرح الخرشي** ، لأبي الحسن علي بن أحمد العدوي ، مطبوعة بهامش شرح الخرشي على مختصر خليل ، ط/ الأولى المطبعة العامرة الشرفية ، مصر ١٣١٦هـ.

٧٦- **الحاوي الكبير لأبي الحسن علي بن محمد الماوردي** ، تحقيق د. محمود مسترجي ، دار الفكر بيروت ، ط/ ١٤١٤هـ-١٩٩٤م.

٧٧- **حجة الله البالغة** ، لولي الله الدهلوي ، تحقيق السيد سابق ، دار الكتب الحديثة .

٧٨- **الحدود في الأصول** ، لأبي الوليد سليمان بن خلف الباجي ، تحقيق نزيه حماد . الطبعة الأولى سنة ١٣٨٢هـ بيروت .

٧٩- **الحلل السندسية في الأخبار التونسية** ، لمحمد بن محمد الأندلسي الوزير السرّاج ، تحقيق الحبيب الهيلة . الدار التونسية للنشر تونس .

٨٠- **الدر المختار** ، لمحمد بن علي بن محمد الحصني المعروف بعلاء الدين الحصكفي الحنفي ، في شرح تنوير الأبصار لشيخ الإسلام محمد بن عبد الله بن أحمد الخطيب التمرتاشي ، مطبعة الواعظ بالقاهرة .

٨١- **الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة** ، لابن حجر ، ط/ الأولى سنة ١٣٤٩هـ ، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية حيدر أباد الدكن الهند .

٨٢- **الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب** ، لابن فرحون إبراهيم بن علي ، دار الكتب العلمية بيروت .

٨٣- **ديوان الأحكام الكبرى أو النوازل والأعلام** ، لأبي الأصبغ عيسى بن سهل بن عبد الله الأسدي الجياني ، تحقيق الأستاذ رشيد النعيمي ، ط/ الأولى ، شركة الصفحات الذهبية المحدودة ١٤١٧هـ.

٨٤- **الذخيرة في الفقه المالكي** ، لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي ، تحقيق محمد حجي ، دار الغرب الإسلامي بيروت ط/ الأولى

١٩٩٤م .

٨٥- **رد المحتار على الدر المختار** ، لمحمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين المعروف بابن عابدين ، المطبعة المصرية سنة ١٢٨٦هـ .

٨٦- **رفع العتاب والملام عمن قال العمل بالضعيف اختيارا حرام** ، لمحمد ابن القاسم الفاسي ، تحقيق محمد المعتصم بالله البغدادي ، ط/ الأولى ، ١٤٠٦هـ-١٩٨٥م ، دار الكتاب العربي ، بيروت .

٨٧- **سنن أبي داود** ، لأبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي ، تحقيق محمد محي الدين عبدالحميد ، الطبعة الأولى ، بمطبعة السعادة سنة ١٣٦٩هـ .

٨٨- **سنن ابن ماجه** ، محمد بن يزيد القزويني ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، عيسى البابي الحلبي مصر .

٨٩- **سنن البيهقي الكبرى** ، للحافظ أبي بكر بن الحسين بن علي البيهقي ، ط/ الأولى ، بحيدر آباد الدكن الهند سنة ١٣٥٥هـ .

٩٠- **سنن الدارمي** ، لأبي محمد عبد الله بن عبدالرحمن بن الفضل الدارمي ، تحقيق محمد أحمد دهمان ، طبع إحياء السنة النبوية .

٩١- **سنن الدراقطني** ، للحافظ علي بن عمر الدراقطني ، ومعه التعليق المغني على الدراقطني لأبي الطيب محمد شمس الحق العظيم أبادي ، تحقيق عبد الله هاشم اليماني ، دار المحاسن للطباعة بالقاهرة ، سنة

١٣٨٦هـ.

٩٢- **سنن النسائي المجتبى** ، للحافظ أبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي ، بشرح السيوطي وحاشية السندي أحمد بن شعيب. دار الكتاب العربي بيروت ، تصوير لطبعة المكتبة التجارية الكبرى مصر.

٩٣- **سير أعلام النبلاء** ، للذهبي شمس الدين محمد بن أحمد ، تحقيق جماعة من العلماء بإشراف شعيب الأرناؤوط ، مؤسسة الرسالة.

٩٤- **شجرة النور الزكية في طبقات المالكية** ، لمخلوف محمد ، المطبعة السلفية ، القاهرة ١٣٤٩ هـ.

٩٥- **شذرات الذهب في أخبار من ذهب** ، لعبد الحي بن العماد الحنبلي ، طبعة القدسي بالقاهرة ١٣٥٠هـ.

٩٦- **شرح التلقين** ، للإمام أبي عبد الله محمد بن علي بن عمر التميمي المازري ، تحقيق الشيخ محمد المختار السلامي ، دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى ١٩٩٧م.

٩٧- **شرح الزرقاني على الموطأ** ، لمحمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني ، مطبعة الاستقامة.

٩٨- **شرح الزرقاني على مختصر خليل** ، لعبد الباقي الزرقاني ، دار الفكر ، بيروت ١٣٩٨هـ-١٩٧٨م.

٩٩- **شرح العناية على الهداية** ، للإمام أكمل الدين محمد بن محمود

البابرتي ، مطبوع مع شرح فتح القدير لابن الهمام .

١٠٠ - **الشرح الكبير على مختصر سيدي خليل** ، لأبي البركات أحمد الدردير ، بهامش حاشية الدسوقي ، دار إحياء الكتب العربية ، عيسى البابي الحلبي .

١٠١ - **شرح الكوكب المنير** ، محمد بن أحمد الفتوحي المعروف بابن النجار ، تحقيق د . محمد الزحيلي ود . نزيه حماد . مركز البحث العلمي بجامعة أم القرى .

١٠٢ - **شرح المنهج المنتخب على قواعد المذهب** ، لأحمد بن علي المنجور تحقيق محمد الشيخ محمد الأمين . دار الشنقيطي .

١٠٣ - **شرح اليواقيت الثمينة فيما انتمى لعالم المدينة** ، لأبي عبد الله السجلماسي ، دراسة وتحقيق عبد الباقي بدوي رسالة ماجستير كلية أصول الدين . الجزائر .

١٠٤ - **شرح تنقيح الفصول** ، لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس القرافي ، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد ، نشر مكتبة الكليات الأزهرية .

١٠٥ - **شرح حدود ابن عرفة أو الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية** ، لأبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع ، تحقيق محمد أبو الأجفان والطاهر المعموري ، دار الغرب الإسلامي بيروت لبنان ، الطبعة الأولى ١٩٩٣م .

١٠٦- **شرح فتح القدير لابن الهمام على الهداية شرح بداية المبتدي** ، للشيخ برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني ، المكتبة التجارية الكبرى بمصر .

١٠٧- **شرح مختصر خليل** ، لأبي عبد الله محمد الخرشي ، دار الفكر بيروت .

١٠٨- **شرح معاني الآثار** ، لأبي جعفر أحمد بن سلامة الطحاوي ، مطبعة الأنوار المحمدية بالقاهرة سنة ١٣٨٧هـ- ١٩٦٨م .

١٠٩- **شرح منتهى الإرادات** ، للشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ، مطبعة أنصار السنة المحمدية مصر . ط/ ١٣٦٦هـ-١٩٤٧م .

١١٠- **شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام** ، لمحمد بن أحمد ميارة الفاسي ، دار الفكر .

١١١- **الشعر والشعراء** ، لابن قتيبة عبد الله بن مسلم بن قتيبة ، تحقيق الأستاذ أحمد شاكر ، طبعة عيسى البابي الحلبي القاهرة سنة ١٣٦٤هـ .

١١٢- **صحة أصول مذهب أهل المدينة لابن تيمية** ، مطبعة الإمام بمصر .

١١٣- **صحيح مسلم** ، للحافظ أبي الحسن بن الحجاج القشيري النيسابوري ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، طبعة عيسى البابي الحلبي القاهرة ، سنة ١٣٧٤هـ-١٩٥٥م .

١١٤- **ضوء الشموع على شرح المجموع مع حاشية الحجازي** ، مطبعة البابي الحلبي ١٣٠٢هـ .

١١٥- **الضوء اللامع لأهل القرن التاسع** ، لشمس الدين محمد بن عبد الرحمن السخاوي ، طبعة مكتبة القدسي ١٣٥٣هـ-١٩٣٥م .

١١٦- **طبقات الحنابلة** ، للقاضي أبي الحسين محمد بن أبي يعلى الفراء الحنبلي ، مطبعة السنة المحمدية ، القاهرة ١٣٧١هـ-١٩٥٢م .

١١٧- **طبقات الشافعية الكبرى** ، لابن السبكي عبد الوهاب بن علي ، تحقيق محمود الطناجي وعبد الفتاح الجلوط ، عيسى البابي الحلبي ط/ ١٩٦٤م .

١١٨- **طبقات الفقهاء** ، للشيرازي ، تحقيق إحسان عباس . دار الرائد العربي بيروت .

١١٩- **الطرق الحكمية في السياسة الشرعية** ، لابن القيم الجوزية ، تحقيق د. محمد جميل غازي ، مطبعة المدني بالقاهرة .

١٢٠- **عارضة الأحوذي شرح سنن الترمذي** ، لابن العربي محمد بن عبد الله ، دار الكتاب العربي ، بيروت .

١٢١- **عمدة التحقيق في التقليد والتلفيق** ، لمحمد سعيد الباني ، المكتب الإسلامي ، ١٤٠١هـ-١٩٨١م .

١٢٢- **غرر المقالة في شرح غريب الرسالة**، لابن حمامة أبي عبد الله محمد ابن منصور المغراوي ، تحقيق الهادي حمو ومحمد أبو الاجفان ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ١٩٨٦م .

١٢٣- **الفتاوى** ، للإمام الشاطبي ، جمع وتحقيق محمد أبو الأجفان. طبع بتونس عام ١٩٨٤م.

١٢٤- **فتح الباري شرح صحيح البخاري** ، للحافظ ابن حجر ، تحقيق محب الدين الخطيب ومن معه ، ط/ الثالثة ، المطبعة السلفية القاهرة.

١٢٥- **فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك** ، لأبي عبد الله محمد بن أحمد الملقب بعليش ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، مصر ، الطبعة الأخيرة ١٣٧٠هـ-١٩٥٨م.

١٢٦- **فتح الودود على مراقي السعود** ، للشيخ محمد عبد الله بن إبراهيم الشنقيطي ، الطبعة المولوية بفاس ، سنة ١٣٢٧هـ.

١٢٧- **الفروق** ، لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس القرافي ، دار المعرفة ، بيروت لبنان.

١٢٨- **الفقه الإسلامي وأدلته** ، للدكتور وهبة الزحيلي ، دار الفكر ، دمشق ، ط / الثالثة ١٤٠٩هـ- ١٩٨٩م.

١٢٩- **الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي** ، محمد بن الحسن الحجوي الثعالبي الفاسي. تحقيق عبد العزيز بن عبد الفتاح القارئ ، المكتبة العلمية ، المدينة المنورة ١٣٩٧هـ-١٩٧٧م.

١٣٠- **فهرس الفهارس** ، لعبد الحي الكتاني ، تحقيق الدكتور إحسان عباس. دار الغرب الإسلامي بيروت.

١٣١- **فوات الوفيات والذيل عليها** ، لمحمد بن شاكر الكتبي تحقيق الدكتور إحسان عباس. دار الثقافة بيروت .

١٣٢- **فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت** ، لعبد العلي محمد بن نظام الدين الأنصاري ، بهامش كتاب المستصفى ، الطبعة الأميرية سنة ١٣٢٢هـ.

١٣٣- **الفواكه الدواني على رسالة بن أبي زيد القيرواني** ، لأحمد بن غنيم ابن سالم النفراوي ، دار الفكر بيروت .

١٣٤- **فيض القدير شرح الجامع الصغير** ، للمناوي محمد عبد الرؤوف ، دار المعرفة بيروت ١٣٩١هـ-١٩٧٢م.

١٣٥- **القبس في شرح الموطأ**، لأبي بكر بن العربي، تحقيق د. محمد عبد الله ولد كريم، ط/ الأولى ١٩٩٢م ، دار الغرب الإسلامي، بيروت.

١٣٦- **قواعد الأحكام في مصالح الأنام** ، لأبي محمد عز الدين عبد العزيز ابن عبد السلام ، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد ، نشر مكتبة الكليات الأزهرية ، سنة ١٣٨٨هـ.

١٣٧- **قواعد المقري** ، لأبي عبد الله محمد بن محمد بن أحمد المقري ، تحقيق أحمد بن عبد الله بن حميد ، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي مركز إحياء التراث الإسلامي مكة .

١٣٨- **القول السديد في بعض مسائل الاجتهاد والتقليد** ، محمد بن عبد العظيم بن المقدسي المكي الحنفي ، ط/ الأولى ١٣٣٢هـ ، مطبعة المنار مصر.

١٣٩- **القول المفيد في أدلة الاجتهاد والتقليد** ، محمد بن علي الشوكاني ، ط/ الأولى ١٣٩٤هـ ، المطبعة السلفية القاهرة.

١٤٠- **كشاف اصطلاحات الفنون** ، للتهانوي محمد علي بن علي ، طبع كلكتا بالهند سنة ١٨٦٢هـ.

١٤١- **كشف الأسرار من أصول فخر الإسلام البزدوي** ، لعلاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري ، مطبعة دار سعادة باستنبول ، ١٣٠٨هـ.

١٤٢- **كشف الخفا ومزيل الألباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس**، للشيخ إسماعيل العجلوني ط/ الثالثة ١٣٥١هـ ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت.

١٤٣- **كشف النقاب الحاجب من مصطلح ابن الحاجب** ، لابن فرحون إبراهيم بن علي ، تحقيق حمزة أبو فارس وعبد السلام الشريف ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ١٩٩٥م.

١٤٤- **الكليات الفقهية** ، للمقري ، تحقيق محمد أبو الأجفان ، الدار العربية للكتاب ، تونس ط/ الأولى ١٩٩٧ .

١٤٥- **الكليات** ، لأبي البقاء الكفوي الحسيني الحنفي ، طبعة بولاق ،

القاهرة سنة ١٢٥٣هـ.

١٤٦- **لسان العرب** ، لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم (ابن منظور) ، طبعة دار صادر ، بيروت سنة ١٣٧٤هـ-١٩٥٥م.

١٤٧- **ما لا يجوز فيه الخلاف بين المسلمين** ، عبد الجليل عيسى ، مطابع دار القلم بالقاهرة سنة ١٣٨٢هـ-١٩٦٢م.

١٤٨- **المبسوط** ، لشمس الدين السرخسي ، ط/ الأولى سنة ١٣٢٤هـ ، مطبعة السعادة بالقاهرة.

١٤٩- **مجمع الزوائد ومنبع الفوائد** ، للهيثمي علي بن أبي بكر ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ط/ الثالثة ١٤٠٢هـ- ١٩٨٢م.

١٥٠- **المجموع شرح المهذب** ، لأبي زكريا محي الدين بن شرف النووي ، مكتبة الإرشاد جدة.

١٥١- **مجموعة رسائل ابن عابدين** ، لمحمد أمين ابن عابدين ، طبعة العثمانية سنة ١٣٢٥هـ.

١٥٢- **المحصول في علم الأصول لأبي بكر بن العربي** ، تحقيق الحسين التاويل ، دكتوراه الدولة ، دار الحديث الحسنية الرباط.

١٥٣- **مختار الصحاح للإمام محمد بن أبي بكر الرازي** ، دار الحديث القاهرة.

١٥٤- **المدونة الكبرى** ، مالك بن أنس رواية الإمام سحنون عن ابن القاسم

الطبعة الأولى مطبعة السعادة مصر ، وطبعة دار الكتب العلمية بيروت لبنان ١٩٩٤م الطبعة الأولى .

١٥٥- **مراقي السعود شرح مراقي السعود** ، لمحمد الأمين بن أحمد زيدان الجكني المعروف بالمرابط ، تحقيق محمد المختار بن محمد الأمين الشنقيطي ، مكتبة ابن تيمية بالقاهرة عام ١٤١٣هـ .

١٥٦- **المسائل التي لا يعذر فيها بالجهل على مذهب الإمام مالك** ، شرح الأمير على منظومة بهرام ، تحقيق إبراهيم الجبرتي الرياحي ، ط/ الثانية ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م ، دار الغرب الإسلامي بيروت .

١٥٧- **المستدرك على الصحيحين** ، لأبي عبد الله محمد بن عبد الله المعروف بالحاكم النيسابوري ، ومعه تخليص المستدرك ، للذهبي ، مطابع النهضة الحديثة ، الرياض .

١٥٨- **المستصفى من علم الأصول** ، لحجة الإسلام أبي حامد الغزالي ، الطبعة الأميرية ، سنة ١٣٢٢ هـ .

١٥٩- **المسند** ، للإمام أحمد بن حنبل ، المطبعة الميمنية ، القاهرة ، سنة ١٣١٣هـ .

١٦٠- **المسودة في أصول الفقه** ، لآل تيمية لأحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن تيمية وأبيه وجده ، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد ، مطبعة المدني بالقاهرة .

١٦١- **المصباح المنير** ، لأحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي ، ط/ الثالثة ، المطبعة الأميرية مصر ١٩٠٩م وطبعة المكتبة العصرية ، بيروت ط/ الأولى ١٤١٧هـ-١٩٩٦م.

١٦٢- **مصنف الحافظ أبي بكر عبد الرزاق همام الصنعاني** ، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي ، توزيع المكتب الإسلامي ، ط/ الثانية ١٤٠٢هـ-١٩٨٣م.

١٦٣- **معجم المؤلفين تراجم مصنفي الكتب العربية** ، لعمر رضا كحالة ، مكتبة المثنى بلبنان ، ودار إحياء التراث العربي ، بيروت.

١٦٤- **معجم ما استعجم من أسماء البلاد والمواضع** ، للبكري أبي عبد الله بن عبد العزيز الأندلسي ، تحقيق مصطفى السقا ، القاهرة ١٩٤٩هـ.

١٦٥- **المعونة على مذهب عالم المدينة** ، للقاضي عبد الوهاب البغدادي ، تحقيق الدكتور حميش عبد الحق ، مكتبة نزار مصطفى الباز ، مكة المكرمة.

١٦٦- **المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي علماء إفريقية والأندلس والمغرب**، لأحمد بن يحي الونشريسي ، خرجه جماعة من الفقهاء بإشراف الدكتور محمد حجي ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ١٩٩٥م.

١٦٧- **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج** ، للعلامة شمس الدين محمد

ابن أحـمـد الشـربيني الخطيب ، على متن المنهـاج للنووي . مطبـعـة الإستقامة القاهرة . ط/ ١٣٧٤هـ-١٩٥٥ .

١٦٨- **المغني** ، لموفق الدين أبي مـحـمـد عـبـد الله بن قـدامـة ، دار الكتـاب العربي ، بيروت ط/ ١٣٩٢م .

١٦٩- **مفردات غريب ألفاظ القرآن** ، للعلامة الحسين بن محمد بن المفصل الملقب بالراغب الأصبهاني ، مطبعة نور محمد بكراتشي سنة ١٣٨٠هـ- ١٩٦١م .

١٧٠- **مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها** ، للشيخ علال الفاسي ، مكتبة الوحدة العربية بالدار البيضاء .

١٧١- **مقاصد الشريعة** ، لمحمد الطاهر بن عاشور ، المطبعة الفنية بتونس ، الطبعة الأولى سنة ١٣٦٦هـ .

١٧٢- **المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات والتحصيلات** ، لابن رشد أبي الوليد محمد بن أحمد القرطبي الجد ، تحقيق محمد حجي دار الغرب الإسلامي بيروت ١٩٨٨م .

١٧٣- **منار أهل الفتوى وقواعد الإفتاء بالأقوى** ، لإبراهيم اللقاني ، تحقيق زياد محمد محمود حميدان ط/ الأولى ١٩٩٢م ، دار الأحباب للطباعة والنشر بيروت .

١٧٤- **منار السالك إلى أصول مذهب مالك** ، لأحمد السباعي الرجراجي ، ط/ الأولى عام ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م ، بالمطبعة الجديدة فاس .

١٧٥- **المنتقى شرح موطأ مالك** ، لأبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد الباجي ، الطبعة الأولى بمطبعة السعادة بمصر سنة ١٣٣١هـ .

١٧٦- **منتهى الوصول والأمل في علمي الأصول والجدل**، لابن الحاجب ، دار الكتب العلمية ، بيروت ١٤٠٥ .

١٧٧- **المنثور في القواعد** ، لبدر الدين محمد الزركشي ، تحقيق د . تيسير محمود ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، الكويت .

١٧٨- **المهذب** ، لأبي إسحاق الشيرازي ، طبعة مصطفى الحلبي سنة ١٣٤٣ هـ .

١٧٩- **الموافقات في أصول الشريعة** ، لأبي إسحاق إبراهيم بن موسى الشاطبي ، تحقيق عبد الله دراز ط/ الأولى ١٤١١هـ-١٩٩١م ، دار الكتب العلمية بيروت .

١٨٠- **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل** ، لأبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب ، دار الفكر للطباعة والنشر .

١٨١- **الموطأ للإمام مالك بن أنس** ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ١٤٠٦هـ-١٩٨٥م .

١٨٢- **نشر البنود على مراقي السعود** ، لعبد الله بن إبراهيم العلوي

الشنقيطي ، طبعة اللجنة المشتركة لنشر التراث الإسلامي الرباط .

١٨٣ - **نفح الطيب من غصن الأندلس الرطيب** ، للشيخ أحمد بن محمد المقري ، تحقيق د. إحسان عباس ، دار صادر ١٣٨٨ هـ - ١٩٦٨م بيروت .

١٨٤ - **نهاية السول في شرح منهاج الوصول** ، لجمال الدين عبد الرحيم الأسنوي ، المطبعة السلفية سنة ١٣٤٣ هـ .

١٨٥ - **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج** ، لشمس الدين محمد بن أحمد بن حمزة الرملي ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، مصر ، ط/ الأخيرة ١٣٨٦هـ-١٩٦٧م .

١٨٦ - **النهاية في غريب الحديث والأثر** ، لمجد الدين المبارك بن محمد بن الأثير ، تحقيق أحمد الزاوي ومحمود الصناحي ، مطبعة البابي الحلبي القاهرة سنة ١٣٨٣هـ-١٩٦٣م .

١٨٧ - **نيل الابتهاج بتطريز الديباج** ، لأبي العباس أحمد بن أحمد بن عمر المعروف ببابا التنبكتي ، ط/ الأولى ، مطبعة المعاهد بالقاهرة سنة ١٣٥١هـ .

١٨٨ - **الوسيط في أصول الفقه** ، للدكتور وهبة الزحيلي ، سنة ١٣٨٨هـ ، بيروت الطبعة الثانية .

١٨٩ - **الوسيط في المذهب** ، لأبي حامد الغزالي ، تحقيق أحمد إبراهيم ومحمد تامر ، دار السلام ، ط/ الأولى ١٤١٧هـ- ١٩٩٧م .

١٩٠- **وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان** ، لأبي العباس أحمد بن محمد بن أبي بكر بن خلكان ، تحقيق محي الدين عبد الحميد ، ط/ الأولى ، بمطبعة السعادة القاهرة ١٣٦٧هـ-١٩٤٩م .

* * *

فهرس الآيات القرآنية

❊ ❊ ❊

فهرس الأحاديث النبوية



فهرس الأعلام

فهرس الموضوعات

❊ ❊ ❊

